الحيازة وتطبيقاتها
في معاملات البنك الإسلامي الأردني

إعداد

زكريا سلامة عيسى شطناوي

إشراف

الدكتور عبدالرؤوف الخرابشة ...... مشرفاً شرعياً

الدكتور رياض المومني ...... مشرفاً اقتصادياً

جامعة اليرموك

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

١٤١٥هـ-١٩٩٥م

جامعة اليرموك
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

الحيازة وتطبيقاتها في معاملات البنك الإسلامي الأردني

إعداد
زكريا سلامة عيسى شطناوي
بكالوريوس شريعة إسلامية - الجامعة الأردنية ١٩٩٠م

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي من كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة اليرموك

لجنة المناقشة

الدكتور عبد الرؤوف خرابشة .... رئيساً
الدكتور رياض المومني .... عضواً
الدكتور محمد أبو يحيى .... عضواً
الدكتور عبدالرزاق بني هاني .... عضواً

٢١ / ٥ / ١٩٩٥

١٤١٥هـ - ١٩٩٥م


الله
الله
بسم الله الرحمن الرحيم
الله
الله

الإهداء

أهدي هذا العمل الذي أرجو ثواب الله فيه.

إلى روح والدي رحمه الله، الذي كان سبباً في تعليمي وتثقيفي، وتأديبي وتهذيبي

إلى والدتي التي رعتني بحنانها ومحبتها أطال الله في عمرها

إلى إخوتي وأخواتي الذين منحوني المودة والمحبة

إلى أستاذيّ المشرفين الفاضلين

إلى كل من ساندني في إخراج هذه الرسالة.

إليهم جميعاً ... أهدي هذا الجهد المتواضع، سائلاً المولى جلّ وعلا أن يجزيهم عني خير الجزاء، ويعينني على ردّ الجميل مع خالص المحبة والتقدير.

شكر وتقدير

أحمده سبحانه وأشكره كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه على جزيل عطائه وأرجو رضوانه، وأصلي وأسلم على النبي المبعوث رحمةً للعالمين وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

وأتقدم بجزيل شكري، وعظيم تقديري، وخالص أمنياتي للأستاذين الكريمين المشرفين على هذه الرسالة: فضيلة الدكتور عبد الرؤوف خرابشه الأستاذ المشارك في كلية الشريعة، وسيادة الدكتور رياض المومني الأستاذ المشارك في كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، اللذين تفضلا بقبول الإشراف على رسالتي، وحرصا غاية الحرص على أن تكون هذه الرسالة متكاملة الجوانب، فلم يألوا جهداً في نصحي وإرشادي ومنحاني من علمهما الغزير، ووقتهما الثمين وجهدهما العظيم -حتى في أوقات راحتهما- ما لا أقدر على شكره، فأسأل الله أن يبارك لهما في وقتهما وجهدهما وينفع بعلمهما إنه سميع مجيب الدعاء.

كما ويطيب لي أن أتقدم بجزيل الشكر والتقدير للأستاذين الكريمين الدكتور محمد أبو يحيى والدكتور عبد الرزاق بني هاني لتفضلهما بقبول مناقشة هذه الرسالة.

كما أرى من واجبي -اعترافاً بالجميل- أن أسجل شكري وتقديري لكل من مد لي يد العون والمساعدة وأخص بالذكر الدكتور أحمد السعد الذي لم يبخل عليَّ بوقته وجهده وعلمه، وكذلك البنك الإسلامي الأردني، وأساتذتي الكرام وإخواني الأعزاء وزملائي الأفاضل، راجياً العلي القدير أن يوفق الجميع لما يحبه ويرضاه.

وأخيراً لا يفوتني أن أشكر العاملين في مركز الأثير للطباعة لما بذلوه من جهد ومساعدة لإخراج هذه الرسالة بالصورة اللائقة.

وإنني أسأل الله أن يجزي خير الجزاء كل من نالني نصيب من معرفته سواء أكان بتوجيهاته ونصائحه، أم بالرجوع إلى كتبه وأبحاثه.

والله ولي التوفيق

الباحث

زكريا شطناوي

افتتاحية

الحمد لله رب العالمين القائل في القرآن الكريم: «*الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ، ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا، وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا*»[1] ، والصلاة والسلام على سيد الخلق والمرسلين، محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد

لقد أصبح البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار حقيقة واقعة يمارس نشاطه بعيداً عن الربا حيث استطاع جذب الأموال وتوجيهها لمختلف فروع النشاط الاقتصادي، من خلال الأساليب التمويلية والاستثمارية المختلفة. وبعد مضي ما يربو على خمسة عشر عاماً على تأسيسه نجد أنه لا زالت هناك شبهات تدور حول ممارساته للعقود التي يتعامل بها، وخصوصاً عقد المرابحة للآمر بالشراء؛ وذلك بسبب قضية هامة من قضايا الاقتصاد الإسلامي، وهي قضية الحيازة للسلع التي يشتريها البنك الإسلامي، ويبيعها للعملاء دون أن يضع يده عليها، وتقع تحت ضمانه. لذلك فقد رأيت أن أحاول تتبع هذه القضية، وجمع مسائلها المتفرقة في صورة مترابطة ومتكاملة؛ لمعرفة مدى صحة هذه الشبهات، ومن ثمّ تعريف الناس بشرعية تطبيقات البنك الإسلامي الأردني لمعاملاته وعقوده التي يجريها.

أسباب اختيار الموضوع

لقد دعاني للكتابة في هذا الموضوع عدة أسباب، أهمها:

١- إنه يعرض لقضية هامة من أبرز القضايا التي تتعلق بالمصارف الإسلامية، بل أعمقها أثراً فيها.

٢- إن هذه القضية الهامة قد تشعبت جزئياتها وتناثرت في بطون الكتب والمصادر القديمة بحيث أصبح من الصعب على الدارس أن يكوّن فكرة واضحة عنها ليردَّ على الشبهات التي تدور حول المصارف الإسلامية، إذ لا يستطيع العثور على أحكام الكثير من صورها وحالاتها.

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٧٥.

٣- إن الرأي السائد عند الفقهاء المحدثين، وفقهاء القانون الوضعي الذين كتبوا في موضوعات الاقتصاد الإسلامي أن الفقه الإسلامي لم يكن يعترف ولا يمكن أن يعترف بالحيازة والتقادم بالمعنى القانوني للحيازة كأحد أسباب الملكية، مع أن فقهاء السلف يتحدثون عن حيازة المال المباح كسبب من أسباب الملك التام.

٤- إن بعض أساتذة الشريعة الإسلامية المعاصرين تعرضوا لموضوع الحيازة في الفقه الإسلامي، ولكن بإيجاز شديد لا يتناسب مع الوضع الحالي، ولم يحاولوا التعرض لقضية تطبيق المصارف الإسلامية لأحكامها.

منهج البحث.

سلكت في إعداد هذا البحث المنهج التالي:

١- الاقتصار -في جمع مادة البحث- على آراء المذاهب الفقهية الأربعة، بالرجوع إلى مصادرها الأصلية ما أمكن ذلك، ثم إلى الكتب الحديثة أحياناً.

٢- استندت في توثيق المعلومات إلى الأصول العلمية المعمول بها.

٣- ناقشت الأدلة الفقهية في القضايا التي يطرقها موضوع البحث مرجحاً لما أراه أقوى دليلاً، وأثبت حجة.

٤- قمت بتوثيق الآيات القرآنية، وفهرست لها بأرقامها وسورها حسب ورودها في الرسالة.

٥- خرّجت الأحاديث النبوية الشريفة معتمداً على الصحيحين إن وجدتُ المبتغى، وإلا رجعت إلى كتب السنة الأخرى، مبيناً درجة صحة الحديث، وفهرست لها حسب ترتيبها الهجائي.

٦- ترجمت للأعلام الذين يرد ذكرهم لأول مرة، وفهرست لهم حسب الترتيب الهجائي لأسمائهم.

٧- عرّفت بالكتب التي ترد لأول مرة فذكرت اسم المؤلف وسنة وفاته -إن عُلمتْ- واسم الكتاب، ودار النشر ومكانها، والطبعة وتاريخها. وفهرست لها مبتدئاً بالقرآن وعلومه، ثم كتب الحديث وبعدها كتب اللغة، ثم كتب الفقه ثم كتب الرجال وأخيراً الكتب الحديثة، حسب ترتيبها الهجائي.

٨- وقفت عند الألفاظ الغامضة، شارحاً لها حسب سياقها والمعنى الذي وردت فيه.

٩- اعتمدت في التطبيقات العملية لعقود ومعاملات البنك الإسلامي الأردني على الواقع المعاصر والمقابلات الشخصية مع مديري فروع البنك ومسؤولي الاستثمار.
١٠- أنهيت الرسالة بخاتمة ضمّنتها أبرز ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات.

محتويات البحث

وضعتُ خطة حاولتُ فيها تغطية الجزئيات التي يتطلبها البحث، فجاء البحث في افتتاحية وفصل تمهيدي وثلاثة فصول، وخاتمة على النحو التالي:

الافتتاحية : بينتُ فيها أهمية الموضوع، وأسباب اختياري له، والمنهجية التي اتبعتها إضافة إلى محتويات البحث.

الفصل التمهيدي : وفيه ثلاثة مباحث.
المبحث الأول تحدثت فيه عن معنى الحيازة في اللغة والفقه والقانون.
المبحث الثاني بينت فيه الألفاظ ذات الصلة بالحيازة كالقبض ووضع اليد.
والمبحث الثالث خصصته للحديث عن أدلة مشروعية الحيازة.

الفصل الأول : حيث بحثت فيه شروط الحيازة من خلال ثلاثة مباحث:
المبحث الأول تحدثت فيه عن شروط الحيازة في الفقه الإسلامي. المبحث الثاني وضحتُ فيه شروط الحيازة في القانون المدني الأردني. المبحث الثالث كان لبيان الحقوق التي لا تقع عليها الحيازة.

الفصل الثاني : وقد أفردته للحديث عن أقسام العقود من حيثُ الحيازة، وآراءِ الفقهاء فيها، وشمل هذا الفصل أربعة مباحث، تكلمت في المبحث الأول عن العقود التي تُشترط فيها الحيازة لنقل ملكية المعقود عليه فيها. أما المبحث الثاني فتكلمت فيه عن العقود التي تُشترط فيها الحيازة لصحتها. والمبحث الثالث تكلمت فيه عن العقود التي تُشترط

الحيازة في لزومها. وتكلمت في المبحث الرابع عن العقود التي لا تُشترط فيها الحيازة.

الفصل الثالث: الذي اشتمل على تطبيقات الحيازة في معاملات البنك الإسلامي الأردني، ومدى موافقتها للشريعة الإسلامية، من خلال مباحث ثلاثة :
المبحث الأول أفردته للحديث عن العقود التي يمارسها البنك الإسلامي الأردني، وبينت العقود التي تشترط فيها الحيازة والعقود التي لا تشترط فيها الحيازة، والتطبيقات العملية لهذه العقود من خلال الواقع.
والمبحث الثاني تحدثت فيه عن الضمانات التي يطلبها البنك الإسلامي.
والمبحث الثالث بينت فيه الآثار الاقتصادية المترتبة على الحيازة.

الخاتمة : وقد أجملت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها وأبرز التوصيات التي رأيت من الضرورة الالتزام بها.

وأخيراً فإنني وجدت صعوبة ومشقة في جمع مادة هذا البحث، و تحديد جوانبه ومسائله المتشعبة فيما يتعلق بالجانب الفقهي النظري، وكذلك وجدت صعوبة في الحصول على المعلومات الدقيقة حول كيفية التطبيق العملي للعقود التي يمارسها البنك الإسلامي الأردني، ومع ذلك فإن هذا الجهد المتواضع موضوع في ميزان الخطأ والصواب إذ لا عصمة إلاّ لكلام ربّ البشر وكلام أنبيائه المرسلين وهو جهد مُقِلّ يقف على عتبات أبواب العلم، فإن أصبت فمن الله، وإن أخطأت فمن نفسي، فليُعذر مَنْ كانت هذه استطاعته وما يقدر عليه، ولكني-والله يعلم- قصدت الخير وحاولت جهدي تلمس الحق من خلال الدليل، وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال:«إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»[1]. ولا أظن عملي هذا براءً من كل عيب، فإنني أعتذر عما يبدو فيه من قصور بقول الأصفهاني «إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده: لو غُيِّر هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قُدِّم لكان أفضل، ولو تُرك هذا لكان أجمل».

---

(١) مسلم: صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٢ ص١٣.

ولا يفوتني في ختام هذا العرض أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان والتقدير للأستاذين الكريمين المشرفين على هذه الرسالة: فضيلة الأستاذ الدكتور عبد الرؤوف خرابشه -المشرف الشرعي- وسيادة الدكتور رياض المومني -المشرف الاقتصادي- اللذين أخذا بيدي في كل مسائل البحث بالتوجيه والإرشاد، ولا أجد لهما من مكافأة إلا الدعاء بالتوفيق والسداد.

وإنني أدعو الله سبحانه وتعالى أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به، ويكون محط دراسة واهتمام، وأن يوفق الجميع لما فيه صلاحهم في الدنيا والآخرة إنه على كل شيء قدير.

وهو حسبي ونعم الوكيل.

الباحث

زكريا سلامة شطناوي

الفصل التمهيدي
الحيازة ومشروعيتها والألفاظ ذات الصلة بها

ويشمل ثلاثة مباحث هي :

المبحث الأول
تعريف الحيازة

المبحث الثاني
الألفاظ ذات الصلة بالحيازة

المبحث الثالث
أدلة مشروعية الحيازة

الفصل التمهيدي
الحيازة والألفاظ ذات الصلة بها ومشروعيتها

قبل الشروع في عرض أحكام الحيازة، لا بد من بيان معنى الحيازة، لأننا لا نستطيع الحكم على الشيء قبل معرفته وتصور معناه، حتى يكون حكمنا سليماً ومستنداً إلى أسس علمية، إذ الحكم على الشيء فرع عن تصوره. وفيما يلي بيان ذلك :

المبحث الأول : (تعريف الحيازة)

المنهج المتبع عند العلماء في تعريفهم لمصطلح من المصطلحات هو البدء بالتعريف اللغوي ثم اتباعه بالتعريف الاصطلاحي، للعلاقة القوية بينهما، وبما أن دراستنا هذه تبحث في تطبيقات الحيازة في معاملات البنك الإسلامي الأردني، فإننا سنورد أيضاً تعريف الحيازة في القانون، لما له من دور في الحياة المعاصرة.

معنى الحيازة في اللغة :

ورد في لسان العرب لابن منظور «الحيازة والاحتياز والحوز بمعنى واحد ... وهي مصدر من الفعل حاز ... والحوز : الجمع وكل مَنْ ضمَّ شيئاً إلى نفسه من مال أو غير ذلك، فقد حازه حوزاً وحيازة وحازه إليه، واحتازه إليه ... والحوز من الأرض أن يتخذها الرجل ويبين حدودها فيستحقها، فلا يكون فيها حق معه، فذلك الحوز ... وحازه يحوزه إذا قبضه وملكه واستبد به . وحزت الشيء: جمعته أو نحيته، وهو من حزت الشيء إذا جمعته أو نحيته ... وهو من قولك حزت الشيء إذا أحرزته، وحزت الأرض إذا أعلمتها وأحييت حدودها»[1]

---

(١) ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت ٧١١ هـ): لسان العرب . دار صادر، بيروت ١٣٨٨هـ = ١٩٦٨م دون طبعة ، ج٥ ص٢٤١-٢٤٢. وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن منظور: لسان العرب).

وإلى نفس ما أورده ابن منظور ذهب بعض علماء اللغة [1]

مما سبق عرضه تبين لنا أن للحيازة معاني كثيرة في اللغة منها:

المعنى الأول: الاستحقاق «و (منه) الحوز من الأرض أن يتخذها رجل ويبين حدودها فيستحقها، فلا يكون لأحد فيها حق معه، فذلك الحوز».

المعنى الثاني: الجمع والضم « (إذ) كل مَنْ ضم شيئاً إلى نفسه من مال أو غير ذلك فقد حازه حوزاً، وحازه إليه، واحتازه إليه».

المعنى الثالث: التنحية[2] والانفراد « وهو من حزت الشيء أي جمعته ونحيته»

المعنى الرابع: الإحراز[3] « من قولك حزت الشئ إذا أحرزته»

فبين هذه المعاني ترابط وثيق، حيث لم يستحق المرء شيئاً إلاّ بعد إحرازه وضمّه إلى نفسه، والانفراد به، وتنحية غيره عنه.

---

(١) انظر في كتب اللغة ما يلي:
- الزبيدي، السيد محمد مرتضى (ت ١٢٠٥هـ) : تاج العروس. دار ليبيا، بنغازي ١٣٨٦هـ=١٩٦٦م، دون طبعة، ج٤ ص ٢٩-٣٠. وسيشار له فيما بعد هكذا (الزبيدي: تاج العروس).
- والجوهري،إسماعيل بن حماد (ت ٤٠٠هـ): الصحاح. دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ = ١٩٧٩م، ج٣ ص٨٧٥ . وسيشار له فيما بعد هكذا (الجوهري: الصحاح).

(٢) مصدر نحىّ، من نحىّ الشيء أي أبعده وأزاله (المعجم الوسيط ج٢ ص٩٠٨).

(٣) بهذا المعنى جاءت الحيازة بمعنى الإحراز، ولكن لا يعني ذلك أن الحيازة والإحراز شيء واحد، إذ إن الإحراز في اللغة هو بمعنى الضم والحفظ والصيانة والحيازة، واسم المكان من الإحراز هو الحرز، فقد ورد في لسان العرب ويقال أحرزت الشيء إحرازاً إذا حفظته وضممته إليك وصنته من الأخذ . وأحرز الشيء فهو محروز وحريز . والحوز ما حيز من موضع أو غيره أو لُجيء إليه. والحرز الموضع الحصين، يقال هذا حرز حريز . والحوز ما أحرزك من موضع غيره» (ابن منظور:لسان العرب ج٥ ص٣٣٣) . وهذا يعني أن للإحراز معاني تختلف عن معاني الحيازة مثل الحفظ والصيانة. والحيازة لا يشترط فيها أن تكون في موضع مصون حصين، ولكنهما يشتركان في معنى الضم وبينهما علاقة، إذ كل إحراز يعتبر حيازة ، ولا تعتبر كل حيازة إحرازاً، فالحيازة أعم من الإحراز.

معنى الحيازة في الأصطلاح :

بعد البحث والاستقراء في المصادر والمراجع الفقهية عن معنى الحيازة اتضح أن جمهور الفقهاء من الحنفية [1] والشافعية[2] والحنابلة[3] والظاهرية[4] لا يوردون لفظ (الحيازة) في أقوالهم إلا نادراً، ويطلقون على معناها : (وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه) .

---

(١) انظر:- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت ٤٩٠ هـ) :المبسوط. دار المعرفة، بيروت ١٤٠٦هـ =١٩٨٦م، دون طبعة، ج١٧ ص٣٠-٣١. وسيشار له فيما بعد هكذا (السرخسي :المبسوط).
- والكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت ٥٨٧هـ) : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ =١٩٨٦م، ج٦ ص٢٢٤. وسيشار له فيما بعد هكذا (الكاساني :بدائع الصنائع).
- والزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الحنفي (ت ٧٤٣هـ): تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق دار المعرفة، بيروت الطبعة الثانية، دون تاريخ ، ج٤ ص٢٩٣ . وسيشار له فيما بعد هكذا (الزيلعي : تبيين الحقائق).

(٢) انظر:- الشافعي، أبو عبدالله محمد بن إدريس (ت ٢٠٤هـ) : الأم . دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ =١٩٨٠م ، ج٦ ص٢٢٥.وسيشار له فيما بعد هكذا (الشافعي :الأم).
- والشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت ٤٧٦ هـ): المهذب في فقه الإمام الشافعي. دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية ١٣٧٩هـ =١٩٥٩م ، ج٢ ص٣١٣. وسيشار له فيما بعد هكذا (الشيرازي :المهذب).
- والشربيني، محمد أحمد الخطيب (ت ٩٩٧هـ) : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. دار الفكر، بيروت ١٣٩٨ هـ = ١٩٧٨م ، دون طبعة ج٨ ص٣٨٣ . وسيشار له فيما بعد هكذا (الشربيني :مغني المحتاج).

(٣) انظر :- ابن قدامه، أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد (ت ٦٢٠هـ) : المغني مع الشرح الكبير.دار الكتاب العربي، بيروت ١٣٩٢هـ = ١٩٧٢م، دون طبعة، ج٣ ص٦٥٥ . وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن قدامه : المغني مع الشرح الكبير).
- والبهوتي، منصور بن إدريس البهوتي (ت ١٠٥١هـ): كشاف القناع على متن الإسماع. مكتبة النصر الحديثة، الرياض ، دون طبعة وتاريخ ، ج٦ ص٣١٠ . وسيشار له فيما بعد هكذا (البهوتي : كشاف القناع).

(٤) انظر:- ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد (ت ٤٥٦ هـ) :المحلّى . المكتب التجاري، دون طبعة وتاريخ ، ج٩ ص٤٣٦. وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن حزم : المحلّى).

أما المالكية [1]، فقد ذهبوا إلى تأكيد نفس هذا المعنى الاصطلاحي مع تصريحهم بلفظ (الحيازة) دائماً ويفسرونها (بوضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه).

أما القانون المدني الأردني فعرّف الحيازة بأنها «سيطرة فعلية من شخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه»[2]

المبحث الثاني: (الألفاظ ذات الصلة بالحيازة)

اللغة العربية لغة واسعة نجد فيها مرادفات عديدة لمعنى واحد، وهذا يدل على مدى سعة هذه اللغة، وبما أن الحيازة كلمة عربية، فهناك عدة ألفاظ تدل على معنى الحيازة أو لها صلة بالحيازة، ومن هذه الألفاظ : القبض ووضع اليد، والتي سنفرد لكل لفظ منها مطلباً مستقلاً.

---

(١) انظر: - ابن جزي، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي (ت ٧٤١ هـ): القوانين الفقهية. الدار العربية للكتاب، ليبيا-تونس، ١٩٨٢م ، دون طبعة ، ص٣٢٨. وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن جزي :القوانين الفقهية).

- والتسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام (ت ١٢٥٨هـ) : البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماه بتحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، دار المعرفة ، بيروت، الطبعة الثالثة ١٣٩٧هـ = ١٩٧٧م ، ج١ ص١٦٨. وسيشار له فيما بعد هكذا (التسولي:البهجة)

- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد (ت ١٢٠١هـ): الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. دار المعارف المصرية، دون طبعة وتاريخ، ج٤ ص٣١٩. وسيشار له فيما بعد هكذا (الدردير :الشرح الصغير).

(٢) المادة (١١٧١) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، منشور في الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥ تاريخ ١/٨/٩٧٦ ص٢. وسيشارله فيما بعد هكذا (القانون المدني الأردني).

المطلب الأول: (القبض)

تعريفه :

القبض لغةً : يرد معنى القبض في اللغة على أنه « مصدر قبضت قبضاً، والقبض: تناول الشيء بجميع الكف، ومنه قبض السيف وغيره . ويقال :قبض اليد على الشيء أي جمعها بعد تناوله...وصار الشيء في قبضتي أي في ملكي كما تقول : الدار في قبضتي وبدي أي في ملكي، وصار الشيء في قبضتك أي في ملكك »[1] . «ويستعمل القبض لتحصيل الشيء وإن لم يكن فيه أخذ بالكف أو اليد نحو : قبضت الدار والأرض من فلان أي حزتهما »[2]

وأما القبض اصطلاحاً : يرد معنى القبض في اصطلاح الفقهاء على أنه حيازة الشيء والتمكن منه سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لم يكن[3] . ويعبّر «الدردير » عن القبض بالحوز والحيازة، فيفسر الحيازة «بوضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه »[4] ، والقبض والحيازة هنا بمعنى واحد. ويذهب «ابن جزي»[5] إلى تعريف أكثر وضوحاً بالنص على أن «القبض هو الحوز »[6].

(١) ابن منظور :لسان العرب ، ج٧ ص٢١٣-٢١٤ (مرجع سابق).

(٢) مجمع اللغة العربية المصري: المعجم الوسيط . الطبعة الثانية ، دون تاريخ ، ج٢ ص٧١٩-٧٢٠. وسيشار له فيما بعد هكذا (مجمع اللغة العربية المصري :المعجم الوسيط).

(٣) انظر في كتب الفقه ما يلي:
- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٥ ص١٤٨، ٢٤٤ (مرجع سابق).
- والتسولي: البهجة في شرح التحفة ، ج١ ص١٦٨ (مرجع سابق).
- والقليوبي، جلال الدين : حاشيتا قليوبي وعميرة على منهاج الطالبين. دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة وتاريخ ، ج٢ ص٢١٥. وسيشار له فيما بعد هكذا (القليوبي :حاشية القليوبي).

(٤) الدردير : الشرح الصغير ، ج٤ ص٣١٩ (مرجع سابق).

(٥) هو أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبدالله بن جزي الكلبي (٦٩٣هـ-٧٤١هـ) . فقيه من العلماء بالأصول واللغة، من أهل غرناطة. من كتبه (القوانين الفقهية، وتقريب الوصول إلى علم الأصول، والفوائد العامة في لحن العامة، والتسهيل لعلوم التنزيل، والأنوار السنية في الألفاظ السنية، ووسيلة المسلم، وغيرها) . (الزركلي : الأعلام ، ج٦ ص٢٢١).

(٦) ابن جزي : القوانين الفقهية ، ص ٣٢٨ (مرجع سابق).

وبالنظر إلى القبض في معناه اللغوي والاصطلاحي نلاحظ أن بينهما نسبة العموم والخصوص، لأن القبض يستعمل في اللغة لتحصيل الشيء وإن لم يكن فيه مراعاة القبض باليد حقيقة، وهو المعنى الاصطلاحي، ويستعمل لمعان أخرى. فكان كل قبض بالمعنى الاصطلاحي يتضمنه المعنى اللغوي، ولكن لا يعني كل قبض بالمعنى اللغوي يتحقق ضمنه المعنى الاصطلاحي.

المطلب الثاني: (وضع اليد)

معنى اليد في اللغة :

اليد في اللغة مشترك لفظي، وقد وردت لها عدة معان منها : الكف ... ومن كل شيء مقبضه ومنه يد السيف والسكين .. والنعمة والإحسان ومنه يد السلطان .. والنصرة ومنه هم يده .. والملك والحوز ومنه هو في يدي .. والانقياد والاستسلام والخضوع ومنه يعطوا الجزية عن يد [1].

إلا أن الذي يعنينا في البحث هنا هو معنى «الملك والتصرف ، يقال هذا الشيء في يدي أي في ملكي . والدار في يد فلان أي في ملكه ... ويقال :الوقف في يدي أي في تصرفي، والأمر في يد فلان أي في تصرفه»[2]

معنى اليد في اصطلاح الفقهاء :

معنى اليد في اصطلاح بعض الفقهاء : «عبارة عن القرب والاتصال ... وهي مراتب مترتبة ، فأعظمها ثياب الإنسان التي عليه، ونعله ومنطقته ويليه البساط

(١) انظر:- مجمع اللغة العربية المصري : المعجم الوسيط ، ج٢ ص١٠٦٣ (مرجع سابق).

(٢) ابن منظور : لسان العرب ، ج٢ ص٢١٣-٢١٤ (مرجع سابق).
- وانظر الزبيدي : تاج العروس ، ج٥ ص٧٣ (مرجع سابق).

الذي هو جالس عليه، والدابة التي هو سائقها أو قائدها، ويليه الدار التي هو ساكنها فهي دون الدابة لعدم استيلائها على جميعها»[1].

واليد بهذا المعنى تعني الحيازة ، إذ الحيازة كما قال «الحطاب»: « تكون بثلاثة أشياء : أضعفها السكنى والازدراع[2] ، ويليها الهدم والبناء والغرس والاستغلال، ويليها التفويت[3] بالبيع والهبة والصدقة والعتق وكل ما يفعله الرجل في ماله»[4]

---

(١) القرافي :الفروق ، ج٤ ص٧٨ (مرجع سابق).

(٢) الازدراع : الاحتراث (الزبيدي : تاج العروس ، ج٢١ ص١٤٦) .

(٣) التفويت: مصدر فات الأمر أي مضى وقته (مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط ، ج٢ ص٧٠٥).

(٤) الحطاب : مواهب الجليل ، ج٦ ص٢٢٢ (مرجع سابق).

المبحث الثالث: (أدلة مشروعية الحيازة)

استدل الفقهاء على مشروعية الحيازة بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم «مَنْ حاز شيئاً عشر سنين فهو له»[1] . فظاهر الحديث يدل على أن الحيازة إذا استمرت عشر سنين تكسب الحائز الملكية بدليل قوله صلى الله عليه وسلم «فهوله».

كما استدل بعض الفقهاء أيضاً على مشروعية الحيازة بالعرف والعادة، لأن العرف والعادة يقضيان بأن مَنْ يترك ماله في يد غيره يتصرف فيه تصرف المالك المدة الطويلة، وهو حاضر ساكت ولا عذر له في عدم المطالبة بحقه، فإن ذلك دليل على عدم أحقيته لهذا المال، وهو دليل في نفس الوقت على صدق الحائز في ادعائه الملك، وذلك لأن العادة جرت على أن الإنسان لا يسكت عن المطالبة بحقه تلك المدة إلا لعذر قاهر، فإن سكت بلا عذر فإن دعواه يكذبها العرف، وكل دعوى يكذبها العرف تكون غير مقبولة، يقول «الدردير»[2] :«... لم تسمع دعواه ولا بينته التي أقامها على صحة دعواه، وإنما تسمع دعواه مع الشروط المذكورة لأن العرف يكذبه ، لأن سكوته تلك المدة دليل على صدق الحائز، لجري العادة على أن الإنسان لا يسكت عن ملكه تلك

---

(١) الحديث من مرسلات سعيد بن المسيب التي قال عنها الشافعي وأحمد « مراسيل ابن المسيب صحاح » (كتاب إسعاف المبطأ برجال الموطأ للسيوطي ص٩٠٠) . ويقول ابن كثير عن مرسلات سعيد بن المسيب « وأما الشافعي فنص على أن مرسلات سعيد بن المسيب حسان، قالوا لأنه تتبعها فوجدها مسندة، والله أعلم » (كتاب الباعث الحثيث شرح علوم الحديث لابن كثير ص٢٧). وورد هذا الحديث في كتاب الجامع الصحيح مسند الربيع بن حبيب، ولكن بزيادة في بعض ألفاظه، فقد ورد الحديث كما يلي « مَنْ حاز أرضاً وعمّرها عشر سنين والخصم حاضر لا يغيّر ولا ينكر فهي للذي حازها، ولا حجة للخصم فيها » (الجامع الصحيح مسند الربيع ، ج٢ ص١٥٤).
كما ورد بلفظ « مَنْ حاز على خصمه شيئاً عشر سنين فهو أحق به » (في كتاب كنز العمال لمؤلفه علاء الدين الهندي ج٢ ص٨٤). كما أورد هذا الحديث أبو داود مرسلاً عن زيد بن أسلم بلفظ « مَنْ أحاز عشر سنين فهو له» (كتاب المراسيل مع الأسانيد لأبي داود، دراسة وتحقيق عبد العزيز عزالدين سيروان ص٢٠٢).
وأُخذ النص من كتاب مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩ هـ): المدونة الكبرى . دار الفكر ، بيروت ١٣٩٨هـ = ١٩٧٨م ، دون طبعة ، ج٤ ص٩٩ . وسيشار له فيما بعد هكذا (الإمام مالك : المدونة الكبرى).

(٢) هو أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد (١١٢٧هـ -١٢٠١هـ) من فقهاء المالكية، ولد بمصر، وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة، من كتبه (أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، ومنح القدير، وتحفة الإخوان في علم البيان) . (الزركلي: الأعلام ، ج١ ص٢٣٢).

المدة لقوله صلى الله عليه وسلم :من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»[1]،

ويقول«الحطاب»[2]:«واعتمد أهل المذهب[3] على الحديث المتقدم، وعلى أن كل دعوى يكذبها العرف فإنها غير مقبولة»[4] ، ويقول «القرافي»[5] :« وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له) ولقوله تعالى (*وأمُرْ بالعُرف*)[6] ، فكل شيء يكذبه العُرف وجب ألا يُؤمر به، بل يُؤمر بالملك للحائز لأنه العرف»[7]

---

(١) الدردير : الشرح الكبير ج٤ ص٢٣٤ (مرجع سابق).

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالحطاب (٩٠٢ هـ - ٩٥٤ هـ) فقيه مالكي من علماء المتصوفين، أصله من المغرب، ولد واشتهر بمكة، ومات في طرابلس الغرب. من كتبه (قرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين، وتحرير الكلام على مسائل الالتزام، وهداية السالك المحتاج، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل، وشرح نظم نظائر رسالة القيرواني، وتحرير الكلام) . (الزركلي : الأعلام ، ج٧ ص٢٨٦).

(٣) المقصود المذهب المالكي.

(٤) الحطاب، محمد بن عبد الرحمن الرعيني (ت ٩٥٤هـ) : مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، القاهرة، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ، ج٦ ص٢٢٤. وسيشار له فيما بعد هكذا (الحطاب: مواهب الجليل)

(٥) هو أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي (ت ٦٨٤هـ). من علماء المالكية، وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة، له مصنفات عديدة منها (أنوار البروق في أنواء الفروق، والإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرف القاضي والإمام، والذخيرة، واليواقيت في أحكام المواقيت، وشرح تنقيح الفصول، ومختصر تنقيح الفصول، والخصائص، والأجوبة الفاخرة في الرد على الأسئلة الفاجرة) . (الزركلي : الأعلام ، ج١ ص٩٠).

(٦) سورة الأعراف آية رقم ١٩٩.

(٧) القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي (ت ٦٨٣) :الفروق وبهامشه تهذيب الفروق، عالم الكتب، دون طبعة وتاريخ، ج٤ ص٧٤ ، وسيشار له فيما بعد هكذا (القرافي :الفروق).

الفصل الأول
شروط صحة الحيازة

ويشمل ثلاثة مباحث هي :

المبحث الأول
شروط صحة الحيازة في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني
شروط صحة الحيازة في القانون المدني الأردني

المبحث الثالث
الحقوق التي لا تقع عليها الحيازة في الفقه والقانون

الفصل الأول
شروط صحة الحيازة

من المتعارف عليه بين الناس أن يملك الإنسان ما يحوزه غالباً ويتصرف فيه، ولكن قد يمكّن صاحب الملك غيره من التصرف بملكه نيابة عنه، أو قد يكون المتصرف معتدياً كالسارق مثلاً، لذلك فهناك احتمال أن يكون المتصرف غير المالك، أي أنه يمكن الفصل بين الملكية وبين الحيازة والتصرف. والحائز المتصرف قد يكون مالكاً وقد لا يكون، ولكن هناك ما يرجح ملكية الحائز للشيء المحوز، فكلما طالت مدة الحيازة مثلاً دل ذلك على أن الحائز مالك، إلى أن يحصل الاطمئنان بملكيته حسبما يشهد به العرف. كما أن نوع الشيء المحوز له علاقة بالدلالة على الملك، فحيازة العقار تختلف عن حيازة الثياب والحيوان . وتصرفات الحائز بالشيء المحوز أنواع مختلفة، فهناك التصرف بالسكنى ، وأقوى منه التصرف بالبيع والشراء وغيرها من التصرفات الناقلة للملكية، فكلما كان التصرف أقوى كان احتمال الملك أكبر، إذ قد يسكت الإنسان عن سكنى داره، ولكنه لا يسكت عن هدمها أو بيعها.

فإن تحقق ما يرجح ملكية الحائز للشيء المحوز ترتب على الحيازة أثرها وهو الدلالة على الملك إذ إن « مجرد الحيازة لا تنقل الملك من المالك المحوز عليه إلى الحائز، ولكنها تدل عليه »[1] فيكون القول معها قول الحائز، فيملكه بيمينه لأن « البينة على

---

(١) التسولي: البهجة في شرح التحفة ، ج٢ ص٢٥٤ (مرجع سابق).

المدعي (مدعي الملك) واليمين على من أنكر »[1] معنى ذلك « أن الحائز لا ينتفع بالحيازة إلا إذا جُهل الوجه الذي حاز به ... (بخلاف) ما إذا عُرف وجه دخوله في حوزه كإجارة ونحو ذلك، فإن طول الحوز لا ينقل الملك »[2]

وهذا الفصل يتضمن مباحث ثلاثة هي:

المبحث الأول : شروط صحة الحيازة في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : شروط صحة الحيازة في القانون المدني الأردني

المبحث الثالث : الحقوق التي لا تقع عليها الحيازة.

---

(١) حديث رواه الترمذي بلفظ «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» وقال عنه حديث حسن صحيح. (الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى (ت ٢٧٩هـ): الجامع الصحيح. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة الإسلامية، دون طبعة وتاريخ، ج٣ ص٦٢٦-٦٢٧، حديث رقم ١٣٤٢). ورواه البخاري ومسلم بلفظ «إن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه» . انظر :

- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني (ت ٨٥٢هـ): فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المكتبة السلفية، دون طبعة وتاريخ، ج٥ ص٨٢٠، كتاب الشهادات، باب رقم ٢٠، حديث رقم ٢٦٦٨. وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن حجر : فتح الباري).
- والنووي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٥٧٦هـ) : صحيح مسلم بشرح النووي. مؤسسة مناهل العرفان، بيروت ، دون طبعة وتاريخ ، ج١٢ ص٢، كتاب الأقضية، حديث رقم ١٧١١. وسيشار له فيما بعد هكذا (النووي: شرح صحيح مسلم).

(٢) وزارة الأوقاف الكويتية : الموسوعة الفقهية . الكويت، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ = ١٩٧٨م ، ج١٨ ص٢٧٩ . وسيشار لها فيما بعد هكذا (وزارة الأوقاف الكويتية : الموسوعة الفقهية).

المبحث الأول : (شروط صحة الحيازة في الفقه الإسلامي)

بعد استقراء أقوال الفقهاء في شروط صحة الحيازة، وجدنا أنهم يجملونها في ستة شروط، فإن فُقدت هذه الشروط أو فُقد بعضها لم يترتب على الحيازة أي أثر مهما طال الزمن.

وهذه الشروط هي:

الشرط الأول : تصرف الحائز بالشيء المحوز تصرف المالك

الشرط الثاني : ادعاء الحائز ملكية الشيء المحوز

الشرط الثالث : استمرار الحيازة بيد الحائز مدة طويلة

الشرط الرابع : حضور الشخص المحوز عليه[1]

الشرط الخامس : علم الشخص المحوز عليه بالحيازة وبملكيته للشيء المحوز

الشرط السادس : سكوت الشخص المحوز عليه بلا مانع.

وفيما يلي بيان أحكام هذه الشروط.

---

(١) هو الشخص الذي يدّعي ملكية الشيء المحوز.

الشرط الأول : تصرف الحائز بالشيء المحوز تصرف المالك .

فالتصرف شرط من شروط صحة الحيازة الدالة على الملك، وهذا التصرف المعتبر هو «مما لا يفعله الرجل إلا في ماله»[1] كالبيع واللبس وغيره. يقول «ابن قيم الجوزية»[2] :« فالأيدي ثلاثة : يدٌ يعلم أنها مبطلة ظالمة فلا يلتفت إليها ... الثانية : يدٌ يعلم أنها محقة عادلة فلا تسمع الدعوى عليها كمن يشاهد في يده دار يتصرف فيها بأنواع التصرف ...الثالثة : يدٌ يحتمل أن تكون محقة ، وأن تكون مبطلة فهذه هي التي تسمع الدعوى عليها»[3] ، ويقول «الكاساني»[4]:« لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه»[5]

وقد تناول الفقهاء أنواع التصرفات الدالة على الملك وقسموها إلى مراتب من حيث القوة والضعف، ومن حيث صلة الحائز بالشخص المحوز عليه، وأيضاً من حيث ضرورة هذه التصرفات، يقول «الدردير»: «والتصرف يكون بواحد من أمور : سكنى أو إسكان أو زرع أو غرس أو استغلال أو هبة أو صدقة أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر أو عتق أو كتابة أو وطء في الرقيق»[6].

---

(١) الحطاب: مواهب الجليل، ج٦ ص٢٢٢ (مرجع سابق).

(٢) هو أبو عبدالله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي الشهير بابن القيم(٦٩١هـ-٧٥١هـ). أحد كبار العلماء، مولده ووفاته في دمشق، تتلمذ على يد ابن تيمية، ألف تصانيف عديدة منها: (إعلام الموقعين، والطرق الحكمية في السياسة الشرعية، وشفاء العليل في مسائل القضاء والقدر والحكمة والتعليل، ومفتاح دار السعادة، وزاد المعاد، وأخبار النساء، وإغاثة اللهفان، والتبيان في أقسام القرآن، وطريق الهجرتين، وهداية الحيارى) وغيرها الكثير .(الزركلي:الأعلام ، ج٦ ص٢٨٠-٢٨١).

(٣) ابن القيم، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر الدمشقي(ت ٧٥١ هـ):الطرق الحكمية في السياسة الشرعية .دار الكتب العلمية ، بيروت ، دون طبعة وتاريخ ، ص ١١٤ – ١١٥ . وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن القيم : الطرق الحكمية).

(٤) هو علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (ت ٥٨٧هـ) يسمى ملك العلماء، فقيه حنفي تتلمذ على يد الشيخ السمرقندي، قَدِمَ حلب وتولى التدريس فيها بعد وفاة السرخسي، وتوفي فيها، ومن كتبه (بدائع الصنائع). (أبو العدل قطلوبغا: تاج التراجم، مكتبة المثنى، بغداد، ١٩٦٢، ص٨٤-٨٥).

(٥) الكاساني: بدائع الصنائع ، ج٦ ص٢٥٦ (مرجع سابق) .

(٦) الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد (ت ١٢٠١هـ): الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي. دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة وتاريخ، ج٤ ص٢٣٣. وسيشار له فيما بعد هكذا (الدردير: الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي).

وهذه الأنواع وضع لها «الحطاب» مراتب من حيث قوتها في الدلالة على الحيازة، فقال: « الحيازة تكون بثلاثة أشياء: أضعفها السكنى والازدراع[1] ، ويليها الهدم والبنيان والغرس والاستغلال، ويليها التفويت بالبيع والهبة والصدقة والنحلة[2] والعتق والكتابة والتدبير والوطء وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله »[3]

وتقسيم «الحطاب» هذا يقوم على أساس الصلة بين الحائز والشخص المحوز عليه، فإذا كانت هناك صلة قربى بينهما فيتطلب ذلك أن تكون تصرفات الحائز قوية كي تفيده الحيازة كالتصرفات الناقلة للملكية من بيع وهبة وعتق وغيرها. أما إذا كانت تصرفاته ضعيفة كالسكنى مثلاً فلا تفيده مهما طال زمن الحيازة. أما إذا لم تكن هناك صلة بين الحائز والشخص المحوز عليه أبداً، فإن الحائز في هذه الحالة تكفيه التصرفات الأقل قوة من التصرفات الناقلة للملكية كالتصرف بالهدم والبناء والسكنى وغيرها.[4]

ويشترط في هذه التصرفات لتعتبر دليلاً على الملكية أن تكون لغير ضرورة، فإن كانت لضرورة فلا تكون قوية للدلالة على الملك ، إذ جرت العادة أن صاحب الملك قد يسمح للمستأجر عنده بهدم بعض البناء لإصلاحه إن كانت هناك ضرورة كخوف من سقوطه أو ما شابه ذلك. فلا يدل هذا العمل على نية الحائز في اعتبار الشيء المحوز ملكاً له. أما إن لم يكن هناك خوف من سقوطه، وهَدَمَهُ الحائزُ لغير ضرورة ، والمالك حاضر يراه يفعل ذلك ولا يعترض فإن حقه يسقط في المطالبة بالشيء المحوز – لأن هذا العمل دل على نية واضحة هي اعتبار الشيء المحوز مملوكاً للحائز –إذا طال الزمن بحيث لا يمكن الحصول على بينة بالملكية، يقول «التسولي[5]: «هذا إذا

---

(١) الازدراع : مصدر الفعل ازدرع أي زرع واحترث. (المعجم الوسيط، ج١ ، ص٣٩٢).

(٢) النحلة : العطاء . (المعجم الوسيط ، ج٢ ص٩٠٧).

(٣) الحطاب :مواهب الجليل ، ج٦ ص٢٢٢ (مرجع سابق).

(٤) انظر المرجع السابق ، ج٦ ص٢٨٨.

(٥) هو علي بن عبد السلام التسولي (ت ١٢٥٨هـ). من فقهاء المالكية، مغربي ، تسولي الأصل والمولد، نشأ بفاس. من مؤلفاته البهجة في شرح التحفة. (الجابي : معجم الأعلام ، ص ١٢٥).

هدم صحيحاً له قدر وبال ليتوسع فيه أو يبني غيره مكانه أو ليزيد مسكناً آخر، لأن هدمه لخوف سقوط أو لأجل إصلاح لا يسقط حق القائم ولو مضت مدة الحيازة أو أكثر ، لأن رب الدار يأمر المكتري بأن يصلح من كرائها»[1]

الشرط الثاني: ادعاء الحائز ملكية الشيء المحوز.

الحيازة لا تدل على الملك ولا تعتبر شرعية إلا إذا ادعى الحائز ملكية الشيء المحوز بعد بقية شروط صحة الحيازة، لأن مجرد الحيازة لا تنفع الحائز وإن طال زمانها، ولا يترتب عليها آثارها من الدلالة على الملك. يقول «الدسوقي»[2]: «وبقي شرط ... وهو أن يدعي الحائز وقت المنازعة ملك الشيء، وأما إذا لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا ينفعه . ولا يشترط بيان سبب الملك ...»[3] ويقول «التسولي»: «وهذا كله إذا ادعى الحائز أنه يملكه، وأما إن ادعى أنه حوزه فقط فلا إشكال أنه لا ينفعه ذلك»[4] وورد في حاشية «العدوي»[5] « ... إذ دعوى الملكية شرط في الحيازة»[6]

---

(١) التسولي: البهجة في شرح التحفة ، ج٢ ص٢٣٣ . (مرجع سابق).

(٢) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ) من علماء العربية، من أهل دسوق بمصر ، وتعلم وأقام وتوفي بالقاهرة، له كتب منها (الحدود الفقهية، وحاشية مغني اللبيب، وحاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل). (الزركلي : الأعلام ، ج٦ ص٢٤١).

(٣) الدسوقي، شمس الدين محمد بن عرفه (ت ١٢٣٠هـ): حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة وتاريخ ، ج٤ ص٢٣٥. وسيشار له فيما بعد هكذا (الدسوقي :حاشية الدسوقي).

(٤) التسولي: البهجة في شرح التحفة ، ج٢ ص٢٣٥ . (مرجع سابق).

(٥) هو أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (١١٠٢هـ-١١٨٩هـ). فقيه مالكي مصري ولد في بني عدي (بالقرب من منفلوط) وتوفي بالقاهرة، من كتبه (حاشية على شرح كفاية الطالب الرباني، وحاشية على شرح العزية للزرقاني) وغيرها . (الزركلي : الأعلام ، ج٥ ص٦٥).

(٦) العدوي، أبو الحسن علي بن أحمد (ت ١١٨٩هـ): حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد القيراوني. مطبعة البابي الحلبي، مصر ١٣٥٧هـ = ١٩٣٨م ، ج٢ ص٣٠٥. وسيشار له فيما بعد هكذا (العدوي: حاشية العدوي).

ولا يشترط أن تكون دعوى الحائز للملكية مستمرة طوال فترة الحيازة، بل تكفي دعواه وقت المنازعة - كما يفهم من عبارة الدسوقي السابقة - وإن لم يسبق له ذلك، فيقول «الخرشي»[1] : « ويبقي من شروط الحيازة أن يدعي الحائز ملكية الموضع المحاز أي ولو مرة»[2] كما لا يشترط بيان سبب ملكه كما هو واضح في نص الدسوقي، بل يكتفى منه بمجرد الدعوى مع بقية شروط صحة الحيازة، يقول «التسولي» : «... إذ الحائز لا يكلف ببيان وجه ملكه، وبأي سبب صار إليه لأنه يقول ملكته بأمر لا أريد إظهاره ...»[3]

الشرط الثالث: استمرار الحيازة بيد الحائز مدة طويلة.

وبما أن الفقهاء يشترطون أن يستمر الحائز بوضع يده على الشيء المحوز مدة طويلة لصحة الحيازة، لكنهم لم يحددوا تلك المدة بزمن معين، فاختلفوا فيها تبعاً لنوع المال المحاز، ونوع تصرفات الحائز، وصلة الحائز بالشخص المحوز عليه.

فبالنسبة لنوع المال المحاز فرقوا بين العقار والمنقول وجعلوا مدة الحيازة في العقار أطول من مدة الحيازة في المنقول . ومن حيث تصرفات الحائز جعلوا التصرفات مراتب من حيث القوة والضعف كما بينت سابقاً[4] ففي حالة التصرفات القوية كأعمال التفويت جعلوا المدة أقصر من المدة في التصرفات الضعيفة كالسكنى وغيرها . أما بالنسبة لصلة الحائز بالشخص المحوز عليه، فقد جعلوا حيازة القريب والشريك مدتها أطول من حيازة الأجنبي غير الشريك.

---

(١) هو أبو عبدالله محمد بن عبدالله الخرشي المالكي (١٠١٠هـ-١١٠١هـ). أول من تولى مشيخة الأزهر ، كان فقيهاً فاضلاً ورعاً. أقام وتوفي بالقاهرة، من كتبه (الشرح الكبير على متن خليل، والشرح الصغير على متن خليل، والفوائد السنية شرح المقدمة السنوسية). (الزركلي: الأعلام ، ج٧ ص١١٨).

(٢) الخرشي ، محمد بن عبد الله (ت ١١٠١ هـ) : حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل . دار صادر ، بيروت ، دون طبعة وتاريخ ، ج٧ ص٢٤٣ . وسيشار له فيما بعد هكذا (الخرشي: حاشية الخرشي).

(٣) التسولي: البهجة في شرح التحفة ، ج٢ ص٢٤٣ .(مرجع سابق).

(٤) انظر ص١٥-١٦ من هذا البحث.

واختلف الفقهاء في تحديد المدة هل يؤقت بزمن أو يُرجَع في ذلك إلى اقتناع الحاكم؟ ففي الحديث (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له) [1] وفي رواية (من احتاز شيئاً عشر سنين فهو له)، لكن هذا الحديث قد اقتصر على النص على الحيازة وتحديد مدتها بعشر سنين ولم يتعرض لغير ذلك من تحديد شروط صحة الحيازة وأنواعها وموانعها، مما كان موضع اجتهاد الفقهاء . كما أنه لم يفرق في هذه المدة بين العقار والمنقول لأن (الشيء) يشملهما، فيفهم من ظاهر الحديث أن العقار والمنقول مدة حيازتهما عشر سنين، فاجتهد الفقهاء في مدة الحيازة.

جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام ما يلي: «إن مرور الزمن على نوعين:
النوع الأول : مرور الزمن الذي حكمه اجتهادي ومدته ست وثلاثون سنة...
النوع الثاني: مرور الزمن المعين من قبل السلطان ...» [2]

وقد لخص «الحطاب» اجتهادات فقهاء المالكية في مدة الحيازة بقوله: «فتحصل في مدة الحيازة ثلاثة أقوال:
الأول : قول مالك[3] في المدونة أنها لا تحد بسنين مقدرة ...
والقول الثاني: إن مدة الحيازة عشر سنين ... وبه أخذ ابن القاسم[4]

---

(١) الحديث سبق توثيقه. انظر ص ٦ من هذا البحث.

(٢) حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام. دار النهضة، بيروت، دون طبعة وتاريخ ، ج٤ ص٢٥٩ . وسيشار له فيما بعد هكذا (حيدر : درر الحكام).

(٣) هو أبو عبدالله مالك بن أنس الأصبحي الحميري (٩٣هـ-١٧٩هـ). إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه تُنسب المالكية، مولده ووفاته في المدينة، وله مصنفات عديدة منها (الموطأ، والمسائل ، والرد على القدرية، والنجود، وتفسير غريب القرآن) وغيرها . (الزركلي : الأعلام ، ج٦ ص١٢٨)

(٤) هو أبو عبدالله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري، المعروف بابن القاسم (ت١٩١هـ). فقيه جمع بين الزهد والعلم، تفقه بالإمام مالك ونظرائه، مولده ووفاته بمصر، من كتبه (المدونة) وهي من أجل كتب المالكية رواها عن الإمام مالك . (الزركلي: الأعلام ، ج٤ ص٩٧).

وابن وهب [1] وابن عبد الحكم[2] وأصبغ[3]

والقول الثالث: إن مدة الحيازة سبع سنين فأكثر، وهو قول ابن القاسم الثاني»[4]

«وتضاف مدة حيازة الوارث إلى مدة حيازة المورث، مثل أن يكون (الوارث) قد حاز خمسة أعوام ما كان مورثه قد حازه خمسة أعوام فيكون ذلك حيازة عن الحاضر[5]

جاء في المادة (١٥٣) من مرشد الحيران : «لواضع اليد على العقار أن يضم إلى مدة وضع يده وضع يد من انتقل منه العقار إليه، سواء كان انتقاله بشراء أو هبة أو وصية أو إرث أو غير ذلك، فإن جُمعت المدتان وبلغت المدة المحدودة لمنع سماع الدعوى فلا تسمع على واضع اليد دعوى الملك المطلق ولا دعوى الإرث ولا الوقف»[6]

وجاء في مجلة الأحكام العدلية ما يلي: «إذا ترك المورث الدعوى مدة، وتركها الوارث أيضاً مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمن فلا تسمع»[7]

---

(١) هو عبد الله بن وهب بن مسلم الفهري (١٢٥هـ-١٩٧هـ) فقيه من الأئمة من أصحاب الإمام مالك، جمع بين الفقه والحديث والعبادة . له كتب منها (الجامع، والموطأ) وكان حافظاً ثقة مجتهداً، عُرض عليه القضاء فخبأ نفسه ولزم منزله، ولد وتوفي بمصر (الزركلي: الأعلام ، ج٤ ص٢٨٩).

(٢) هو أبو محمد عبدالله بن عبد الحكم بن أعين بن ليث بن رافع، (١٥٠هـ-٢١٤هـ). فقيه مصري من العلماء، كان من أجلّ أصحاب مالك، انتهت إليه الرياسة بمصر بعد أشهب، ولد في الإسكندرية وتوفي في القاهرة، له مصنفات في الفقه وغيره منها (سيرة عمر بن عبد العزيز، والقضاء في البنيان ، والمناسك، والأهوال). (الزركلي: الأعلام ، ج٤ ص٢٢٩).

(٣) هو عبدالله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع (ت ٢٢٥هـ) فقيه من كبار المالكية بمصر، وكان كاتب ابن وهب، له تصانيف عديدة منها (الأصول، وتفسير حديث الموطأ، وآداب الصيام، وآداب القضاء، والرد على أهل الأهواء، والمزارعة) ، توفي بمصر .(الزركلي: الأعلام ، ج١ ص٣٣٦).

(٤) الحطاب : مواهب الجليل ، ج٦ ص٢٢٣-٢٢٤ (مرجع سابق).

(٥) المرجع السابق ، ج٦ ص٢٢٤-٢٢٥.

(٦) محمد قدري باشا: مرشد الحيران . دار الفرجاني ، القاهرة ، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ= ١٩٨٣م ، ص٢٧ . وسيشار له فيما بعد هكذا (محمد قدري باشا : مرشد الحيران).

(٧) حيدر علي: درر الحكام ، المادة (١٦٧٠) . (مرجع سابق).

الشرط الرابع : حضور الشخص المحوز عليه.

كي تكون الحيازة صالحة يترتب عليها أثرها لا بد أن يكون الشخص المحوز عليه حاضراً يرى الحائز يتصرف في ماله تصرف المالك في ملكه[1] والمقصود بحضور الشخص المحوز عليه أن يكون موجوداً في البلد الذي يسكنه الحائز ويتصرف فيه بماله . والغرض من ذلك هو أن يشاهد الشخص المحوز عليه بعينيه أو يعلم علماً أكيداً بأن الحائز يتصرف أو يستعمل الشيء المحوز استعمال المالك لما يملكه ، وبذلك يستطيع المحافظة على حقه بالاعتراض على الحائز بأي طريقة كانت . فلا يكفي الحضور فقط لأن الحاضر قد يكون في حكم الغائب إذا لم يعلم بالحيازة، أو لم يعلم بأن المال ماله، فلا تكون الحيازة صحيحة وعاملة بحقه، بل يجب أن يثبت أنه كان يرى الحائز يبني ويهدم كما قال الإمام «مالك» : «إذا كان حاضراً يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له »[2] . فإذا تحقق حضور الشخص المحوز عليه ورؤيته للحائز يحوز ماله ، ولم يعترض عليه حتى انقضت مدة الحيازة بلا عذر شرعي، ففي هذه الحالة تكون الحيازة صحيحة ولا تسمع دعوى المدعي، لأن المقصود بالغياب هو الغياب الذي يترتب عليه عدم علم الغائب، أو علمه ولكنه لا يقدر على الحضور للمطالبة بحقه لعذر ما، يقول «الصاوي»[3] : « (قوله حاضر) أي بالبلد بمعنى أنه لم يخف عليه أمر ذلك المحوز لقربه منه، وأما لو كان حاضراً وهو غير عالم فله القيام إذا أثبت عدم علمه »[4]

ويختلف تقدير الغيبة بين الفقهاء، وتقدير القرب والبعد لأنهم يحددون القرب والبعد بما تستغرقه المسافة من أيام بالسير المعتاد عندهم أو بسير الأبل، يقول

---

(١) انظر في مصادر الفقه ما يلي:-
- الإمام مالك : المدونة الكبرى، ج٤ ص٩٩ .(مرجع سابق)
- الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٢٣٣ .(مرجع سابق)
- الحطاب : مواهب الجليل ، ج٦ ص٢٢١-٢٢٤ .(مرجع سابق)

(٢) الإمام مالك : المدونة الكبرى ، ج٤ ص٩٩ .(مرجع سابق)

(٣) هو أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي (١١٧٥هـ-١٢٤١هـ). ولد بمصر وتوفي بالمدينة المنورة، من كتبه (حاشية على تفسير الجلالين، وحواشي على كتب الشيخ الدردير في فقه المالكية) . (الزركلي: الأعلام ، ج١ ص٢٣٣).

(٤) الصاوي ، أحمد بن محمد الصاوي المالكي (ت ١٢٤١ هـ): حاشية الصاوي على الشرح الصغير. دار المعارف المصرية، دون طبعة وتاريخ ، ج٤ ص٣٢٠. وسيشار له فيما بعد هكذا (الصاوي : حاشية الصاوي).

«الدردير» : «فإذا كان المحوز عليه على سبعة مراحل (أي على بعد سبعة أيام) فأكثر فهو باق على حقه ولو طال أمد غيابه ما طال، فالغائب في مثل هذا البعد معذور سواء أكان رجلاً أم امرأة، وإن كان على ثلاث أو أربع مراحل فالمرأة معذورة بلا خلاف، وكذلك الرجل إن أبدى عذره في عدم القيام، وإن لم يتبين عذره فقال ابن القاسم : هو على حقه . وقال ابن حبيب[1] : يسقط حقه . فاختلافهما في القرب مع جهل الحال»[2] وإذا كانت الغيبة على مسافة يوم فالرجل هو كالحاضر، وأما المرأة فهي على حقها إذ إن مغيب المرأة لا يكون مسيرة أكثر من يوم[3] لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر يوماً وليلة إلا مع ذي رحم محرم معها»[4]

والحنفية لا يتعرضون إلى مدة الغياب التي يكون فيها الغائب في حكم الحاضر فلا يقبل عذره، ولا للمدة التي يُعذر فيها الغائب، وبالتالي تقبل دعواه بعد تقادم الزمان، فأطلقوا الغياب والحضور فجعلوا كل غائب معذور وتسمع دعواه، وكل حاضر لا تسمع دعواه إلا إذا كان له عذر شرعي فقد ورد في المادة (١٥٧) من مرشد الحيران «إذا تركت الدعوى لعذر من الأعذار الشرعية في المدة المحددة كأن كان المدعي غائباً أو قاصراً أو مجنوناً ولا ولي لهما ولا وصي فلا مانع من سماع دعوى الملك أو الإرث أو الوقف ما لم يحضر الغائب، ويبلغ الصبي ويفقْ المجنون، ويترك الدعوى بعد حضوره أو بلوغه أو إفاقته مدة تساوي المدة المحددة»[5]

---

(١) هو أبو مروان عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي(١٧٤هـ-٢٣٨هـ). عالم الأندلس وفقيهها في عصره، أصله من طليطلة من بني سليم، ولد في إلبيرة، وسكن قرطبة، وزار مصر ثم عاد إلى الأندلس وتوفي بقرطبة، كان عالماً بالتاريخ والأدب، رأساً في فقه المالكية، له تصانيف كثيرة قيل تزيد على الألف، منها (حروب السلام، وطبقات الفقهاء والتابعين، وطبقات المحدثين، وتفسير موطأ مالك، والفرائض) وغيرها . (الزركلي: الأعلام ، ج٤ ص٣٠٢).

(٢) الدردير : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٢٣٣ .(مرجع سابق).

(٣) انظر:- التسولي: البهجة في شرح التحفة ، ج٢ ص٢٥٥ . (مرجع سابق)

(٤) ابن خزيمة ، أبو بكر محمد بن إسحاق (ت ٣١١هـ) :صحيح ابن خزيمة . المكتب الإسلامي ، بيروت، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ = ١٩٧٩م ، ج٤ ص١٣٤، حديث رقم ٢٥٢٣. وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن خزيمة :صحيح ابن خزيمة.

(٥) مرشد الحيران، المادة ١٥٧ ص٢٨ (مرجع سابق)

الشرط الخامس:علم الشخص المحوز عليه بالحيازة وبملكيته للشيء المحوز

ذكرت في الشرط الرابع أن حضور الشخص المحوز عليه شرط لتكون الحيازة صحيحة، وقد يكون الحاضر بحكم الغائب كمن لا يعلم أن المال المحوز ماله، أو أن الحائز يتصرف في ماله، لذلك اشترط الفقهاء شرطاً مرتبطاً بشرط حضور الشخص المحوز عليه سواء أكان الحضور حقيقياً أو حكمياً، وهذا الشرط هو العلم، يقول «ابن فرحون»[1] : «... لا بد من العلم بشيئين وهما العلم بأنه ملكه، والعلم بأنه يتصرف فيه، ولا يفيد العلم بأحدهما دون الآخر لأنه إذا علم بالتصرف قد يقول ما علمت بأنه ملكي، كما يقول الرجل الآن وجدت الوثيقة عند فلان، فيقبل قوله ويحلف ... »[2]

فالمقصود بعلم الشخص المحوز عليه هو العلم الشامل لأمرين:

الأمر الأول : العلم بأن الحائز يتصرف في الشيء المحوز

الأمر الثاني: العلم بأن الشيء المحوز هو ملكه.

فإن كان الشخص المحوز عليه غير عالم بهذين الأمرين معاً فهو على حقه ولا تعتبر الحيازة مهما طال زمانها، أما إن تحقق علمه بهما ولم يعترض ولم يطالب بحقه فإنه بذلك يكون متنازلاً عن حقه كمن يحضر مجلس بيع ماله ويسكت[3] عندها تكون الحيازة صحيحة يترتب عليه أثرها من الدلالة على ملك الحائز للشيء المحوز.

وقد اختلف الفقهاء في مسألة إثبات هذا العلم هل يقع على الشخص المحوز عليه الحاضر بأنه لم يكن يعلم بحيازة الحائز لماله أو يقع على الحائز بأن يثبت بأن الشخص المحوز عليه كان يعلم بحيازة الحائز لماله ؟.

---

(١) هو برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد الشهير بابن فرحون (ت ٧٩٩هـ). ولد ونشأ ومات في المدينة، وهو مغربي الأصل، رحل إلى مصر والقدس والشام سنة ٧٩٢هـ وتولى القضاء بالمدينة سنة ٧٩٣هـ ، وهو من شيوخ المالكية . من مؤلفاته (الديباج المذهب، وتبصرة الحكام، ودرة الغواص، وطبقات علماء الغرب، وتسهيل المهمات) . (الزركلي: الأعلام ج١ ص٤٧).

(٢) ابن فرحون ، برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن علي بن محمد (ت ٧٩٩هـ):تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام . دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٣٠١هـ ، ج٢ ص٨٤ . وسيشار له في ما بعد هكذا (ابن فرحون : تبصرة الحكام) .

(٣) الحطاب : مواهب الجليل ، ج٦ ص٢٢ .(مرجع سابق)

وقد بين «الحطاب» هذا الخلاف بقوله : «... على إنه إذا ادعى عدم العلم بالحيازة ينفعه ذلك، ويحلف وإنه محمول على عدم العلم ... وقيل إنه محمول على العلم حتى يتبين خلافه .. وقيل بالأول إن كان وارثاً وبالثاني إن لم يكن ...»[1] وقد رجح «ابن فرحون» الرأي الذي يقول بأن عبء الإثبات يقع على الحائز، حيث يقول «وهو محمول على عدم العلم حتى يقيم الحائز بينة أنه كان عالماً في غيبته بحيازته لماله»[2] ودليل ترجيح هذا القول هو الاستناد إلى القاعدة الفقهية «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ، حيث إن الحائز يدعي علم الشخص المحوز عليه بالحيازة ، والشخص المحوز عليه ينكر ذلك، فإذا عجز المدعي عن الإثبات، فاليمين على المدعى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم : «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»[3] فعبء الإثبات إذاً يقع على الحائز ليثبت أن الشخص المحوز عليه كان يعلم بالحيازة، فإن عجز عن ذلك، فالقول هو قول الشخص المحوز عليه مع يمينه[4]

الشرط السادس : سكوت الشخص المحوز عليه بلا مانع.

الشرط المكمل لبقية الشروط التي اشترطها الفقهاء في الحيازة لتكون صحيحة هو سكوت الشخص المحوز عليه بلا مانع يمنعه من السكوت وعدم الاعتراض على الحائز طيلة فترة الحيازة ، فإن طالب الشخص المحوز عليه بحقه من الحائز ونازعه فيه ، فإن حقه لا يسقط مهما طال زمن الحيازة، وقد نص الحطاب على ذلك صراحة فقال: «... وقوله ساكت: يعني أنه يشترط في الحيازة أن يكون المدعي ساكتاً مدة الحيازة، واحترز بذلك فيما لو تكلم قبل مضي مدة الحيازة، فإن حقه لا يبطل»[5]

---

(١) الحطاب : مواهب الجليل ، ج٦ ص٢٢٣ .(مرجع سابق)

(٢) ابن فرحون : تبصرة الحكام ، ج٢ ص٨٣ .(مرجع سابق)

(٣) الحديث سبق تخريجة . انظر ص١٣ من هذا البحث.

(٤) الحطاب : مواهب الجليل ، ج٦ ص٢٢٣ .(مرجع سابق)

(٥) المرجع السابق ، ج٦ ص٢٢٢ .

واختلف الفقهاء هل يشترط تكرار المنازعة طيلة فترة الحيازة أو تكفي مرة واحدة ؟ وهل يشترط أن تكون أمام القضاء أو لا؟ . وقد بحث هذا الاختلاف بالتفصيل «التسولي» في كتابة البهجة شرح التحفة وخرج برأي وهو أنه لا يشترط تكرار المنازعة، وتكفي لو حصلت مرة واحدة قبل انقضاء مدة الحيازة ، ولو لم تكن أمام القضاء[1] . كما أوضحه «الرهوني»[2] في حاشيتة على «الزرقاني»[3] ورأى أنه لا بد من تكرار المنازعة، وأنه لا بد أن تكون أمام القضاء[4].

والذي أميل إليه هو أن المنازعة تكفي مرة واحدة طيلة فترة الحيازة، بشرط أن تكون أمام القضاء لأن في ذلك إثبات لجدية الشخص المحوز عليه في حقه بالشيء المحوز، لأنه لو لم يكن معتقداً اعتقاداً جازماً أن له حقاً فيه لما أقدم على المنازعة أمام القضاء، وهذا هو رأي «ابن عابدين»[5] حيث يقول : «... عدم سماعها (أي الدعوى) حيث تحقق تركها هذه المدة، فلو ادعى في أثنائها لا يمنع، بل تسمع دعواه ثانياً ما لم يكن بين الدعوى الأولى والثانية هذه المدة ... وأن شرطها أي شرط الدعوى مجلس القاضي، فلا تصح في مجلس غيره ... (فلو) أن زيداً ترك دعواه على عمرو مدة خمس عشرة سنة ولم يدّع عند القاضي، بل طالب بحقه مراراً في غير مجلس القاضي فمقتضى ما مرّ لا تسمع لعدم شرط الدعوى »[6]

(١) انظر :- التسولي : البهجة في شرح التحفة ، ج٢ ص٢٥٥ .(مرجع سابق)

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني (١١٥٩هـ-١٢٣٠هـ). من فقهاء المالكية، نسبته إلى رهونة من قبائل جبال غمارة بالمغرب . من كتبه حاشية على شرح الزرقاني لمختصر خليل.(الجابي : معجم الأعلام ، ص٦٧٤).

(٣) هو عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني (١٠٢٠هـ-١٠٩٩هـ) . فقيه مالكي، ولد ومات بمصر . من كتبه (شرح مختصر خليل، وشرح العزية، ورسالة في الكلام على إذا). (الزركلي : الأعلام ، ج٤ ص٤٦).

(٤) الرهوني ، محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف (ت ١٢٣٠هـ): حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل . المطبعة الأميرية ، مصر ، الطبعة الأولى دون تاريخ ، ج٧ ص٥١٠-٥١١.

(٥) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي (١١٩٨هـ-١٢٥٢هـ) . فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، مولده ووفاته في دمشق، له مصنفات عديدة منها (رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، وعقود اللآلي في الأسانيد العوالي، ورفع الأنظار) وغيرها.(الزركلي : الأعلام ، ج٦ ص٢٦٧-٢٦٨).

(٦) ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر (ت ١٢٥٢هـ) : رد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية ، بيروت ، دون طبعة وتاريخ ، ج ٥ ص ٤٢١-٤٢٢ . وسيشار له في ما بعد هكذا (ابن عابدين : رد المحتار) .

ويجب أن يكون سكوت الشخص المحوز عليه طول مدة الحيازة بلا مانع أو عذر، فقد يكون هناك موانع أو أعذار تحول بين الشخص المحوز عليه وبين المطالبة بحقه أو ماله من الحائز، وبوجودها لا يكون للحيازة أثر مهما طال أمدها.

فاعتبر الفقهاء كل ما يحول بين الشخص المحوز عليه وبين المطالبة بحقه عذراً شرعياً لا تكون الحيازة صحيحة بسببه.

والأعذار والموانع التي تحول بين الشخص والمطالبة بحقه كثيرة ومنها على سبيل المثال لا الحصر ما ورد في أقوال الفقهاء السابقة الذكر وهي ما يلي:-

المانع الأول : الخوف من سطوة الحائز إذا كان ذا سلطة وظالماً أو كان مستنداً إلى سلطان جائر، أو إذا كان الشخص المحوز عليه مديناً معسراً وحل أجل الدين ، والحائز صاحب الدين فيخشى إن هو طالبه بالتخلي عن الشيء المحوز أن يطالب بأداء الدين. فإن كان الحائز كذلك وخشي الشخص المحوز عليه أن يتعرض لمكروه يأتيه من قبل الحائز، فإن حقه لا يسقط في المطالبة به مهما طال زمن الحيازة ، فإن زال هذا المانع ولم يعد هناك داع لخوف الشخص المحوز عليه ، ثم سكت فلم يطالب بحقه فترة طويلة بحيث تنقضي مدة الحيازة، فإن حقه يسقط بعد ذلك، يقول «التسولي» : «...احترازاً مما إذا حازه بغصب أو تعدٍّ أو كان معروفاً بذلك فإن حيازته كالعدم، وإن سكت القائم بعد زوال سلطة الغاضب وقهره فإن سكوته لا يضره إلا أن يفوته الغاضب ببيع أو غيره بعد زوال سلطته أو يموت، فيقسم ورثته المال بحضرته فلا شيء له»[1]

المانع الثاني : أن يكون الشخص المحوز عليه سفيها أو صغيراً أو مجنوناً، فإن هؤلاء يبقى كل منهم على حقه، ولا تنفع الحائز حيازته مهما طال الزمن إلى أن يبلغ الصغير، ويرشد السفيه، ويعقل المجنون، فإن ظل الحائز حائزاً

---

(١) التسولي :البهجة في شرح التحفة ، ج٢ ص٢٥٣ .(مرجع سابق)

لمالهم بعد زوال المانع حتى انقضت مدة الحيازة فإن حقهم يسقط في هذه الحالة، يقول «الدردير» : «... ساكت عالم بلا مانع له من التكلم، فإن نازع أو جهل كون الشيء المحوز ملكه، أو قام به مانع، من إكراه أو سفه أو نحوه، ومن العذر الصغر والسفه»[1]

المانع الثالث : حجب الزوجة والبكر غير المعنّسة التي لا يُسمح لها بالخروج من بيتها، ففي هذه الحالة يبقى لها الحق حتى لو مضت مدة طويلة على الحيازة لأنها لا تستطيع الخروج والدفاع عن حقها، يقول «التسولي» : «أو كان المحوز عليه امرأة ذات زوج غيور عليها شديد الضبط لها، مانعاً لها من الخروج ...»[2].

المانع الرابع : الغيبة الطويلة[3] وتعذر حضور الشخص المحوز عليه للمطالبة بماله لأسباب خارجة عن إرادته كأن يكون في قبضة عدو أو يكون ضعيفاً في بدنه لعلّة أو مرض أو ما شابه ذلك، فإنه في هذه الحالة لا يسقط حقه في المطالبة بماله مهما طال زمن الحيازة.

(١) الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٢٣٣ .(مرجع سابق)

(٢) التسولي : البهجة في شرح التحفة ، ج٢ ص٢٥٥ .(مرجع سابق)

(٣) انظر المطلب الرابع من الفصل الثاني ص٢١ وما بعدها من هذا البحث.

المبحث الثاني: (شروط صحة الحيازة في القانون المدني الأردني)[1]

كانت مجلة الأحكام العدلية الصادرة سنة ١٢٨٦هـ هي المطبّقة في الأردن لغاية ١٩٧٦/١٢/٣١م ، وفي تاريخ ١٩٧٧/١/١ طبق القانون المدني الأردني الذي روعي فيه أن يكون الفقه الإسلامي المصدر الأساسي للتقنين دون الاعتماد على مذهب معين من مذاهبه، وعلى أساس فكرة التخير من المذاهب المختلفة مراعاة لأحوال الزمان. غير أن واضعي القانون قد اعتمدوا أساساً على مجلة الأحكام العدلية وعلى بعض القوانين العربية كالعراقي والسوري والمصري[2].

ولفهم واستنباط الأحكام من مواد القانون المدني الأردني يُرجع إلى قواعد تفسير النصوص، حيث نصت المادة (٣) على أنه :« يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي»، ويستعان بالمذكرات الإيضاحية لتفسير مواد القانون أيضاً ولكنها لا تضاهي نص القانون وإنما هي للمساعدة على فهمه ، والملزم هو القانون فقط.

فإذا لم نجد نصاً في القانون نحكم بأحكام الفقه، ثم العرف، وهذا ما نصت عليه المادة (٢) من القانون المدني الأردني حيث ورد فيها:-

«١- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

٢- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية[3].

---

(١) القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ . منشور ص٢ من الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥، تاريخ ١٩٧٦/٨/١ . وسنكتفي فيما بعد بذكر رقم المادة فقط من القانون المدني الأردني.

(٢) انظر نقابة المحامين : المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . مطبعة التوفيق، عمان، دون طبعة وتاريخ ، ج١ ص٢٤ وما بعدها . وسيشار له فيما بعد هكذا (المذكرات الإيضاحية).

(٣) فرّق المشروع بين أحكام الفقه الاسلامي وبين مبادىء الشريعة الإسلامية . فالأولى مدونة في الكتب الفقهية، والثانية تستخلص من نصوص الكتاب والسنة . (المذكرات الايضاحية ، ج١ ص٣٦).

٣- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العُرف ، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة. ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً وثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب، أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد .

٤- ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر».

وبما أن موضوع بحثنا هذا هو تطبيقات الحيازة في معاملات البنك الإسلامي الأردني، رُؤي أن تبحث شروط صحة الحيازة في القانون المدني الأردني ، لأنه في حالة المخاصمات التي تحدث في البنك الإسلامي الأردني يكون المرجع لحل الخصومة هو القانون ، إذ البنك الإسلامي الأردني خاضع له.

غير أن القانون المدني الأردني لم ينص على شروط الحيازة بعنوان واضح وإنما نص على عيوب الحيازة ، حيث ورد في المادة (١١٧٢) من القانون المدني الأردني ما يلي :«إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب»، فتضمن هذا النص عيوب الحيازة. ومن خلال نص القانون على عيوب الحيازة يمكن استنباط بعض شروط صحة الحيازة، لأن الحيازة لا تكون صحيحة وتنتج آثارها القانونية إلا إذا خلت من عيوب الحيازة وهي عدم الاستمرار (التقطع)، والخفاء (عدم العلانية)، والإكراه (عدم الهدوء)، والغموض (اللبس)[١].

ومن البيّن أنه إذا خلت الحيازة من عيوبها فإنه ينبغي توفر عنصرين : الأول مادي ، وهو السيطرة المادية على الشيء. والثاني معنوي ، وهو نية استعمال حق من الحقوق، باعتباره صاحب الحق فيه[٢]

---

(١) السنهوري : الوسيط ، ج٩ ص ٨٤١ (مرجع سابق).

(٢) انظر : المذكرات الإيضاحية ، ج٢ ص٧٠٠ (مرجع سابق).

وبناء على ما سبق فإن شروط صحة الحيازة في القانون المدني الأردني[1] هي:

الشرط الأول : حُسن النية

الشرط الثاني : السبب الصحيح

الشرط الثالث : ادعاء الحائز ملكية الشيء المحوز

الشرط الرابع : أن تكون الحيازة علنية لا خفاء فيها

الشرط الخامس : أن تكون الحيازة واضحة لا لبس فيها

الشروط السادس : أن تتم الحيازة بلا إكراه

الشرط السابع : استمرار الحيازة خمس عشرة سنة دون انقطاع

الشرط الثامن : سكوت الشخص المحوز عليه عن المطالبة بحقه بلا عذر شرعي

وفيما يلي بيان أحكام هذه الشروط :-

(١) انظر نصوص المواد (١١٧٢) ، (١١٨١) ، (١١٨٢) من القانون المدني الأردني.

الشرط الأول : حُسن النية

نصت الفقرة الأولى من المادة (١١٨٢) من القانون المدني الأردني على أنه :« إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل، واقترنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات». فيشترط القانون المدني الأردني لصحة الحيازة أن يكون الحائز حسن النية . وتعريف حُسن النية كما نصت عليه المادة (١١٧٦) من القانون هو :« يُعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير، ويفترض حُسن النية ما لم يقم الدليل على غيره» أي أن الحائز الحسن النية هو من يجهل بأنه يتعدى على حق غيره، فلم يكن يعلم عند استيلائه على الشيء المحوز أنه ملك لأحد.

الشرط الثاني : السبب الصحيح

يشترط القانون المدني الأردني في الحائز حتى تكون حيازته صحيحة أن يكون له سبب صحيح تلقّى به هذا الحق ، هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١١٨٢) السابقة الذكر.

وقد فسر القانون السبب الصحيح في الفقرة الثانية من المادة نفسها حيث نصت الفقرة على مايلي :« والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بأحدى الوسائل التالية :

أ - الاستيلاء على الأراضي الموات.

ب- أنتقال الملك بالإرث

جـ- الهبة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض.

د - الفراغ أو البيع الرسمي أو البيع العادي».

نلاحظ من نص المادة (١١٨٢) أن الحيازة التي يشترط لصحتها السبب الصحيح

هي حيازة العقار دون المنقول ، وأن يكون العقار غير مسجل في دائرة التسجيل[1] ولم يتعرض النص للسند أو الحادث هل صدر من المالك أو من غيره . فإذا اعتبرنا أن السند أو الحادث صادر من المالك فإن الأسباب التي ذكرتها المادة في تفسيرها للسبب الصحيح هي أسباب مكسبة للملكية دون حاجة إلى حيازة وتقادم، فالاستيلاء على الأرض الموات واحياؤها يكسب المحيي الملكية على الفور إذا اكتملت شروط الإحياء. لذا فإنه يتوجب على القانون أن يفسر السبب الصحيح كما فسرته المذكرة الإيضاحية[2]بأنه تصرف قانوني صادر للحائز من غير المالك وأنه تصرف ناقل للملكية إذا صدر من المالك . وأن هذا الحائز كان حسن النية في تلقيه لهذا السبب (أي لا يعلم أنه صادر إليه من غير المالك) وبذلك يكون هناك مبرر لانتقال الملكية للحائز حسن النية حماية له من المالك الذي يراه يحوز ماله ولا يعترض ولا ينكر بلا عذر شرعي طول مدة الحيازة.

الشرط الثالث: ادعاء الحائز ملكية الشيء المحوز

الحيازة الصحيحة هي الحيازة التي يدعي الحائز فيها ملكية الشيء المحوز ويعتبر المال ماله، هذا ما يفهم من نص المادة (١١٨١) من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه :«مَنْ حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل باعتباره ملكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذي عذر شرعي» . فدل النص (باعتباره ملكاً له) على اشتراط ادعاء الحائز ملكية الشيء المحوز ، وبدون هذا الشرط لا يكون

---

(١) انظر نص المادة ص٣١ من هذا البحث.

(٢) المذكرة الإيضاحية تختلف في تفسيرها لمعنى السبب الصحيح عما ورد في المادة (١١٨٢) فهي قد حصرت السبب الصحيح في التصرف القانوني. وحددته بالبيع والمقايضة والهبة والوصية بعقار معين ، ورسو مزاد العقار المحجوز ، والوفاء بمقابل، ولم تتعرض للاستيلاء على الأرض الموات كسبب صحيح، كما أنها نصت صراحة على أن الميراث لا يُعدُّ سبباً صحيحاً،لأنه وإن كان ينقل الملكية إلا إنه واقعة مادية ، وليس تصرفاً قانونياً فلا يعتبر سبباً صحيحاً ، فاعتبرت التصرف القانوني صادراً من غير المالك. (أنظر :المذكرة الإيضاحية ج٢ ص٧٠٥).

للحيازة أي أثر في الدلالة على الملك.

وقد بينت فيما مضى من هذا البحث أن الفقهاء لا يعتدون بالحيازة إلا إذا ادعى الحائز ملكية الشيء المحوز، أما اعتماده على مجرد الحيازة فلا يفيده ذلك مهما طال زمانها[1] وعليه يكون القانون المدني الأردني قد وافق الفقهاء في اشتراط ادعاء الحائز ملكية الشيء المحوز.

الشرط الرابع : أن تتم الحيازة بلا إكراه

نصت المادة (١١٧٢) على أنه :«إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب». فهذه المادة اشترطت لصحة الحيازة أن تتم بلا إكراه أو تعدّ أو غصب من الحائز، فإذا حصل الحائز على الشيء المحوز بالقوة أو التهديد وبقي محتفظاً به دون أن تنقطع القوة أو التهديد، فإن حيازته تكون مشوبة بالإكراه، ولا تفيده أبداً مهما طال زمانها.

والإكراه يجب أن يكون عند الحصول على الحيازة ابتداءً ثم استمراره، فإذا انقطع الإكراه أو زال، وبقي الحائز بعد انقطاعه مستمراً في حيازته فإن الحيازة تصبح في هذه الحالة صالحة لانتاج آثارها[2].

وبذلك يكون القانون قد وافق الفقهاء في هذا الشرط أيضاً، حيث إن الفقهاء لا يعتدون بالحيازة التي تتم بالإكراه أو التعدي، وبينوا أن الحائز بالإكراه لا تنفعه الحيازة مهما طال أمدها.[3]

---

(١) انظر ص ١٧ ، ١٨ من هذا البحث.

(٢) انظر السنهوري ، عبد الرزاق أحمد : الوسيط في شرح القانون المدني . دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٦٨، دون طبعة ، ج٩ ص ٨٥٢ - ٨٥٦. وسيشار له فيما بعد هكذا (السنهوري : الوسيط).

(٣) انظر ص ٢٤ وما بعدها من هذا البحث .

الشرط الخامس : أن تكون الحيازة علنية

نصت المادة (١١٧٢) سابقة الذكر أن الحيازة يجب أن تكون علنية غير خفية، يباشرها الحائز على مشهد من المالك أو صاحب الحق الذي يستعمله الحائز حتى تكون صحيحة يترتب عليها أثرها . ولا يشترط أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس ، بل يكفي أن تكون خافية على من لهم مصلحة في العلم بها حتى تكون مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية[1] ، ومن ثم لا تكون صالحة لأن تحمى بدعاوى الحيازة ولا لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم . فمن يحوز حقاً يجب أن يستعمله كما لو كان صاحب الحق، وصاحب الحق لا يستعمله خفية، بل يستعمله علناً[2].

وبذلك يكون القانون قد وافق ما ذهب إليه الفقهاء . حيث اشترطوا أن يكون الشخص المحوز عليه حاضراً يرى الحائز يحوز ماله ولا يعترض عليه طيلة مدة الحيازة بلا عذر شرعي[3] وهذا يقتضي أن تكون الحيازة علنية لا خفاء فيها.

الشرط السادس: أن تكون الحيازة واضحة لا لبس فيها

نصت المادة (١١٧٢) من القانون المدني الأردني على أنه :«إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب».

فاشترط القانون المدني الأردني لصحة الحيازة أن تكون واضحة لا لبس ولا

---

(١) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : الحقوق العينية الأصلية . دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢، ص٥٤١، سيشار له فيما بعد هكذا (الصدة : الحقوق العينية الأصلية).

(٢) انظر السنهوري : الوسيط ، ج٩ ص٨٤٨ - ٨٥٠ (مرجع سابق).

(٣) انظر ص ٢١ من هذا البحث .

غموض فيها كأن يكون الحائز حائزاً لحساب نفسه خاصة دون توهم في أنه ربما يكون حائزاً لحساب غيره أو لحساب نفسه وغيره معاً . فالحيازة تكون غامضة وفيها لبس إذا أحاطت بها ظروف تثير الشك في أن الحائز يقوم بسلطته على الشيء محل الحيازة لحساب نفسه، ذلك أن ما يقوم به يحتمل معنيين: الأول أنه يحوز لحساب نفسه، والآخر أنه يحوز لحساب غيره[1] ومثال ذلك «أن تكون هناك عين شائعة فيحوزها أحد الشركاء في الشيوع، وقد يتمسك هذا الشريك بأنه قد حاز العين لحساب نفسه خاصة، ولكن أعمال الحيازة المادية التي يأتيها في العين تكون من قبيل الأعمال التي يأتيها الشريك في الشيوع، وأعمال الشريك في الشيوع هي نفس أعمال المالك ملكية مفرزة، ولكن يأتيها الشريك بنية أنه يوجد غيره معه يشاركه في الملك . فهنا يقوم اللبس في حيازة الشريك في الشيوع للعين الشائعة إذا تمسك بأنه يحوز العين لحسابه خاصة، إذ هي حيازة تحتمل هذا المعنى، كما تحتمل معنى أن الشريك يحوز لحساب نفسه ولحساب غيره من الشركاء في الشيوع ، فتكون الحيازة في هذه الحال مشوبة بعيب الغموض أو اللبس، ومن ثم لا تنتج آثارها»[2]

ويزول عيب الخفاء بظهور الحيازة ، هذا ما نص عليه القانون المدني الأردني إذ يقضي بأنه إذا شاب الحيازة لبس أو غموض «فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو اخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب»[3].

ففي المثال السابق الذكر «إذا كانت حيازة الشريك في الشيوع حيازة غامضة، ظلت الحيازة على غموضها إلى أن ينتفي اللبس، ويزول الغموض . و ينتفي اللبس ويزول الغموض إذا عمد الحائز الذي يشوب حيازته الغموض إلى التصرف في العين تصرفاً يظهر بجلاء وفي غير لبس أو غموض أنه إنما يحوز العين لحساب نفسه خاصة ، وأنه أصبح واضحاً أنه لا يحوزها لحساب غيره أو لحساب نفسه وغيره معاً»[4]

---

(١) الصدة : الحقوق العينية الأصلية ، ص ٥٤٢ (مرجع سابق).

(٢) السنهوري : الوسيط، ج٩ ص ٨٥٧ - ٨٥٨ (مرجع سابق).

(٣) المادة (١١٧٢) من القانون المدني الأردني.

(٤) السنهوري : الوسيط ، ج٩ ص ٨٦٠ (مرجع سابق).

الشرط السابع : استمرار الحيازة خمس عشرة سنة دون انقطاع

قد تكون الحيازة علنية ولا غموض فيها ولكن يشوبها عيب التقطع أو عدم الاستمرار، فتكون الحيازة بهذه الحالة غير كاملة ولا تنتج آثارها ، لذلك يشترط القانون المدني الأردني لصحة الحيازة أن تستمر خمس عشرة سنة دون انقطاع، ودون مطالبة الشخص المحوز عليه بحقه، هذا ما نصت عليه المادة (١١٨١) من القانون حيث جاء فيها :«من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل باعتباره ملكاً له، أو حاز حقاً عينياً على منقول، أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذي عذر شرعي»

أما إذا انقطعت الحيازة في أثناء مدة الخمس عشرة سنة بأن تخلى الحائز عنها فترة ثم عاد إليها أو خاصمه الشخص المحوز عليه في أثناء مدة الحيازة فإن الحيازة لا تفيده بعد ذلك إلا إذا استمرت حيازته الجديدة لمدة خمس عشرة سنة أخرى بلا انقطاع[١]

وقد فرق القانون المدني الأردني بين العقار والمنقول في التقادم القصير، فبالنسبة للمنقول إذا كان الحائز حسن النية ، وله سبب صحيح يكسب الملكية في الحال، أما بالنسبة للعقار إذا كان الحائز حسن النية وله سبب صحيح فإنه يكسب الملكية بعد مضي سبع سنوات وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١١٨٢)[٢]

ولم تتعرض نصوص القانون المدني الأردني إلى ضم مدة حيازة الخلف العام[٣] إلى حيازة سلفة ، ولكن نصت الفقرة الثانية من المادة (١١٧٣) على مايلي :«يحق لمن يدعي بالتقادم أن يستند إلى حيازة الذي اتصل منه العقار إليه» ، وهو نص عام لأن

---

(١) انظر السنهوري : الوسيط ، ج٩ ص٨٤٢ - ٨٤٣ . (مرجع سابق).

(٢) انظر نص المادة كاملاً ص٣١ من هذا البحث.

(٣) الخلف العام هو الوارث أو الموصى له بجزء من مجموع التركة كالربع أو الثلث . (السنهوري : الوسيط ج٩ ص ٨٧٧).

حيازة العقار قد تنتقل إلى الحائز من خلف عام ، وقد تنتقل إليه من خلف خاص كالبائع والواهب . «والخلف قد يكون عاماً كالوارث تنتقل إليه حيازة مورثه بالصفات التي اقترنت بها، على أنه إذا كان الوارث حسن النية والمورث سيء النية جاز للوارث التمسك بحسن نيته على أن يضم مدة حيازة مورثه . وقد يكون من تنتقل إليه الحيازة خلفاً خاصاً كمشتر من الحائز تنتقل إليه حيازة المبيع، وللمشتري في هذه الحالة أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة البائع، ويتم ضم المدد على أساس حسن النية وسوئها طبقاً لظروف الحال فإذا كان البائع سيء النية ، والمشتري حسن النية فإن الضم يتم على أساس أسوأ الفرضين ، أي على اساس سوء النية فلا يجوز للمشتري أن يتمسك بمرور الزمان القصير، وإنما له أن يتمسك بمرور الزمان الطويل»[1].

فالحيازة تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها أي إذا كانت حيازة السلف أصلية تنتقل إلى الخلف أصلية، وإذا كانت حيازة عرضية تنتقل عرضية وإذا كانت معيبة تنتقل معيبة، وهكذا. ويحق للخلف العام إن كان سلفة سيء النية أن يثبت أنه كان حسن النية في حيازته، وبالتالي له أن يضم مدة حيازة سلفة لمدة حيازته ... أما الخلف الخاص فلا يجوز له ضم مدة حيازة سلفة إلى مدة حيازته في مرور الزمن القصير ، ويجوز له ضمها في مرور الزمن الطويل[2]

والحيازة تنتقل إلى الخلف الخاص بالاتفاق بين الخلف والسلف على انتقالها إذا كان في استطاعته السيطرة على الحق موضع الحيازة حتى ولو لم يكن هناك تسليم مادي للشيء المحوز ، هذا ما نصت عليه المادة (١١٧٤) من القانون المدني الأردني ، حيث نصت على مايلي :«تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الشيء أو الحق محل الحيازة ولو لم يتم التسليم»، ومثال ذلك « أن يتفق البائع مع المشتري على أن ينقل له حيازة الشيء المبيع، فإن حيازة المبيع تنتقل للمشتري ولو لم يكن هناك تسليم فعلي للشيء المبيع»[3]

---

(١) المذكرة الإيضاحية ، ج٢ ص٧٠١ (مرجع سابق).

(٢) المرجع السابق ، ج٢ ص ٧٠١.

(٣) السنهوري : الوسيط ، ج٩ ص ٨٧٦ - ٨٧٧ (مرجع سابق)

الشرط الثامن : سكوت المدعي عن المطالبة بحقه بلا عذر شرعي

يشترط القانون المدني الأردني لصحة الحيازة أن يسكت المدعي عن المطالبة بحقه ومخاصمة الحائز، فإن سكت حتى انقضاء مدة الحيازة بلا عذر شرعي لا تسمع دعواه إن رفعها بعد ذلك ، هذا ما نصت عليه المادة (١١٨١) من القانون المدني الأردني حيث ورد فيها :«من حاز منقولاً أوعقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل باعتباره ملكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول ، أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار، واستمرت حيازته خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذي عذر شرعي»

ولكن هذه المادة لم توضح الأعذار التي تحول بين المدعي والمطالبة بحقه إلا أن المادة (١١٧٢) أوردت الأسباب التي تجعل الحيازة معيبة فنصت على أنه :«إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب» فيفهم من هذه المادة أن الحائز إذا استولى على حق المدعي بالإكراه أو أخفى عنه الحيازة أي استولى عليها سراً دون علمه أو كانت حيازة الحائز فيها غموض أو لبس لم يتبين منه المدعي أن الحائز يحوز لحساب نفسه كحيازة الشريك، فإنه في هذه الحالات يكون المدعي معذوراً ولا يمنع من سماع الدعوى، ولا تفيد الحائز حيازته في هذه الحالات مهما طال زمانها.

ولم يتعرض القانون لعوارض الأهلية كالصغر والجنون والسفه ونحو ذلك ، كأعذار تبيح للمدعي المطالبة بحقه في مواجهة الحائز، وإن كانت المادة (١١٨١) قد أطلقت عبارة « ليس بذي عذر شرعي، وهو نص عام ينبغي أن يشمل عوارض الأهلية كأعذار شرعية، ونصت المادة (١١٨٦) على أنه «لا يسري مرور الزمان المانع من سماع دعوى الملك كلما حال بين صاحب الحق والمطالبة بحقه عذر شرعي»[1]

---

(١) نصت المادة (١٦٦٣) من مجلة الأحكام العدلية على أن «المعتبر في هذا الباب أي في مرور الزمان المانع لاستماع الدعوى هو مرور الزمن الواقع بلا عذر فقط .وأما الزمن الحاصل بأحد الأعذار الشرعية ككون المدعي صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً سواء كان له وصي أو لم يكن له أو كونه في ديار أخرى بعيدة مدة سفره ، أو كون خصمه من المتغلبة فلا يعتبر ...» (علي حيدر : درر الحكام ، ج٤ ص٢٦٨).

المبحث الثالث:(الحقوق التي لا تقع عليها الحيازة في الفقه والقانون)

بما أن الحديث عن الحيازة، فكما أن هناك أمور تقع عليها الحيازة، فهناك أمور لا تقع عليها الحيازة، سوف نبينها في هذا المبحث، وعليه فهذا المبحث يتضمن مطلبين :

المطلب الأول : (الحقوق التي لا تقع عليها الحيازة في الفقه الإسلامي)

الحقوق التي لا تقع عليها الحيازة هي الأموال المتعلق بها حق الله تعالى أو الأموال العامة التي يعود نفعها لعامة الناس كالطرق والمساجد والأحباس[1] وهذه على سبيل المثال لا الحصر، فكل حق تعلقت به حاجة الناس ومنفعتهم العامة، فهو غير خاضع للملكية الخاصة، وبالتالي لا يجوز أن تقع عليه الحيازة، لأنه لو وقعت عليه الحيازة، والملكية بمرور الزمن لمُنع عن الناس شيءٌ تتعلق به حاجتهم العامة، ولدخل عليهم - نتيجة ذلك - الضيق[2] لذلك فإن حاز شخص وقفاً أو مرفقاً من المرافق العامة فلا تفيده الحيازة مهما طال زمانها ، يقول «الدسوقي» : «وكما لو شهدت البينة للمدعي على الحائز عشرة أعوام بعارية أو إعمار أو بأن هذا الحوز حبس أو طريق أو مسجد، فالحيازة عشرة أعوام لا تنفع مع وجود البينة الشاهدة بذلك»[3] ويقول «العدوي» : « ...أما حق الله فلا يفوت بالحيازة، ولو طالت المدة لحيازة طريق المسلمين أو قطعة منها فلا يملكها ولو طال الزمان، فتقبل الشهادة فيها بأنها طريق ، ومثلها لو حاز مسجداً أو محلاً موقوفاً، فلا يملكه الحائز ولو طال الزمان لأن الحيازة لا تنفع في الأوقاف، كما لا تنفع في وثائق الحقوق للمستحقين فيها القيام به ولو طال الزمان»[4].

---

(١) الأحباس جمع حبس وهو الوقف (مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط ، ج ١ ص ١٥٢).

(٢) انظر : العبادي، عبد السلام داود : الملكية في الشريعة الإسلامية . مكتبة الأقصى، عمان، الطبعة الأولى ١٣٩٤هـ =١٩٧٤م، ج ١ ص ٢٤٤ وما بعدها.

(٣) الدسوقي : حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٢٣٣ (مرجع سابق).

(٤) العدوي : حاشية العدوي ، ج ٢ ص ٢٣٩ (مرجع سابق).

ويقول «الحطاب» : «لا تسقط الحيازة ولو طالت الدعوى في الحبس»[1] وجاء في درر الحكام :« (لا اعتبار لمرور الزمن في دعاوى المحال التي يعود نفعها للعموم كالطريق العام و النهر والمرعى ، مثلاً لو ضبط أحد المرعى المخصوص بقرية ، وتصرف فيه خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه أهل القرية تسمع دعواهم) لأنه يوجد بين العامة قاصرون كالصغار والمجانين والمعتوهين ويوجد أيضاً غائبون، وحيث لا يمكن إفراز حق هؤلاء من غيرهم فلذلك لا يجري في المحال التي يعود نفعها للعموم مرور الزمن ، مثلاً إن لأهالي بغداد حقاً في الطريق العام الكائنة في دمشق ...»[2]

المطلب الثاني:(الحقوق التي لا تقع عليها الحيازة في القانون المدني الأردني)

نصت الفقرة الثانية من المادة (١١٨٣) من القانون المدني الأردني بأنه « لا يجوز تملك الأموال والعقارات المملوكة للدولة أو الهيئات العامة التابعة لها ، وكذلك أموال وعقارات الأوقاف الخيرية، والعقارات المتروكة والمحمية، أو كسب أي حق عيني بمرور الزمن» حيث يستنتج من هذا النص أن ملكية هذه الأنواع من الأموال والعقارات لا يجوز تملكها أو كسب أي حق عيني عليها ما دامت الصفةالعامة أو أي صفة تحملها مما حددته المادة المذكورة . على أن حيازة هذه الأموال والعقارات وإن كانت ممكنة من الناحية العملية بأن يضع أحدهم يده على مال من الأموال المذكورة دون أن يعلم أو يتنبه له أحد كما يحصل أحياناً على عقارات الوقف الخيري أو العقارات المتروكة والمحمية إلا أنها من الناحية القانونية لا ترتب أثراً وليس لها قيمة من ناحية تملك تلك الأموال أو العقارات بمرور الزمن مهما استمرت.

والأموال والعقارات التي لا يجوز أن تملك بمرور الزمن في القانون المدني الاردني عدة أنواع، نوضح كل نوع منها بفرع مستقل :

---

(١) الحطاب : مواهب الجليل ، ج٦ ص٢٢٥ (مرجع سابق).

(٢) علي حيدر : درر الحكام ، ج ٤ ص٢٨١، المادة (١٦٧٥) . (مرجع سابق)

الفرع الأول : (العقارات المملوكة ملكية عامة للدولة وللهيئات التابعة لها)

يقصد بالعقارات المملوكة ملكية عامة العقارات التي ليست داخلة في الملك الفردي، والتي تكون لمصلحة العموم ومنافعهم [1] وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٦٠) من القانون المدني الأردني على أنه « تعتبر أموالاً عامة جميع العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص الحكمية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون أو النظام » والذي يعنينا هنا هو العقارات دون المنقولات . ومن أمثلة هذه العقارات الطريق العام والمباني الحكومية والمستشفيات والمتنزهات العامة والمدارس العامة والجسور، ويدخل في هذا المفهوم ما تملكه الدولة ومن هو في حكمها كالجامعات العامة، وما هو تابع للدولة كالمؤسسات العامة.

ويعتبر في حكم العقارات المملوكة ملكية عامة : العقارات المتروكة والمحمية، فالعقارات المتروكة والمحمية تعد من أملاك الدولة العامة وبالتالي فإنها غير قابلة لبيعها أو الحجز عليها أو تملكها بمرور الزمان ومن أمثلتها العقارات التي تعود للدولة والبلديات مما هو مخصص للنفع العام من شوارع وطرق ومتنزهات داخل حدود تنظيم المدن والقرى ، أما ما هو خارج حدود التنظيم من شوارع وطرق ومتنزهات فهو مملوك للدولة ملكية عامة ولا يجوز تملكه بمرور الزمن[2]

الفرع الثاني : (عقارات الوقف الخيري)

من المعروف أن الوقف يعني حبس عين المال المملوك عن التصرف وتخصيص منافعه للبر ولو مآلا[3] وهو ثلاثة أنواع : خيري ويكون كذلك إذا خصصت منافعه لجهة بر ابتداءً . والثاني ذري . ويكون كذلك إذا خصصت منافعه إلى شخص أو أشخاص معينين وذرياتهم من بعدهم ثم إلى جهة من جهات البر عند انقراض

(١) مصطفى أحمد الزرقا : الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ج ٣ ، المدخل إلي نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي. مطبعة طربين، دمشق ١٩٦٥، دون طبعة، ص ٢٢١ . وسيشار له فيما بعد هكذا (الزرقا : المدخل إلى نظرية الالتزام).

(٢) محمد وحيد الدين سوار : الحقوق العينية الأصلية. مطبعة ألف باء الأديب، دمشق، طبعة ١٩٦٨-١٩٦٩، ص ٤٣٥ . وسيشار له فيما بعد هكذا (سوار : الحقوق العينية الأصلية).

(٣) المادة (١٢٣٣) من القانون المدني الأردني.

الموقوف عليهم . والثالث مشترك ويكون كذلك إذا خصصت الغلة إلى الذرية وجهة البر معاً [1]

وعقارات الوقف الخيري دون الذري هي التي لا أثر للحيازة في كسب ملكيتها بمرور الزمان فمهما مرّ من زمان على حيازة عقار من عقارات الأوقاف الخيرية، فإن ذلك لا أثر له في أكتساب ملكيتها ، وذلك حرصاً على الأوقاف الخاصة بالمقدسات وغيرها مما يهم الأوقاف كدور العبادة وما شابهها مما تتعرض له من اعتداءات على حريتها ، ولذلك فإن هذا النوع من العقارات لا يقبل اكتساب الملكية عليه، كما لا يقبل اكتساب أي حق عيني عليه كحقوق الانتفاع والحقوق المجردة (حقوق الارتفاق) والرهن بأنواعه التاميني (الرسمي) والحيازي [2] . والسبب في ذلك أن هذا النوع من الوقف، يوقف على جهة بر لا تنقطع ، وهم عموم المسلمين ، فلا يختص به أحد أو ذرية معينة، بل يختص به العموم، ونظراً لعموميته فإنه يأخذ حكم الأموال المملوكة ملكية عامة، أي أنه لا يقبل الحيازة.

الفرع الثالث : (الأراضي الموات إذا تمت حيازتها بدون إذن مسبق)

نصت المادة (١٠٨٠) من القانون المدني الأردني بخصوص الأراضي على مايلي:

« ١-الأراضي الموات والتي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة.

٢- ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها بغير إذن من الحكومة وفقاً للقوانين ».

فالأراضي الموات لا تكتسب ملكيتها بمرور الزمان بدون إذن مسبق من الدولة، كما أن وضع اليد عليها مهما مر من زمان لا يكسب الحائز ملكية هذه الأراضي ما دام وضع اليد بدون إذن مسبق من الدولة، فإذا حصل على إذن مسبق من الدولة، وقام بإحياء الأراضي الموات أو تعميرها كان مالكاً لها ، ومن حق الدولة أن تأذن له

---

(١) المادة (١٢٣٤) من القانون نفسه .

(٢) المذكرة الإيضاحية ، ج٢ ص ٧٠٦ (مرجع سابق) .

بإحيائها على أن ينتفع بها فقط ، أي يكون له عليها حق التصرف دون حق الملكية[1] . شريطة أن تمرّ سبع سنوات على حيازتها بعد تمام إحيائها، فإذا مرت هذه السنوات السبع فإنها تنقلب من أرض موات إلى أرض أميرية للحائز عليها حق التصرف[2] .

(١) المادة (١٠٨١) من القانون المدني الأردني.

(٢) انظر المادة (١١٨٢) من القانون نفسه .

الفصل الثاني
أقسام العقود من حيث الحيازة
وآراء الفقهاء فيها

ويشمل أربعة مباحث هي :

المبحث الأول
عقود تُشترط فيها الحيازة لنقل الملكية

المبحث الثاني
عقود تُشترط فيها الحيازة لصحتها

المبحث الثالث
عقود تُشترط الحيازة في لزومها

المبحث الرابع
العقود التي لا تُشترط فيها الحيازة

الفصل الثاني
أقسام العقود من حيث الحيازة وآراء الفقهاء فيها

تقسم العقود في الفقه الإسلامي إلى قسمين :[1]

القسم الأول : العقود العينيّة :

وهي ما كان قبض المعقود عليه فيها شرطاً لتمامها ولزومها، ويتمثل في الهبة والإعارة والإيداع والرهن والصرف والصدقة. فهذه العقود وإن تحققت بالصيغة الدالة عليها إلا إنها لا تلزم ولا تترتب عليها آثارها إلا بقبضها .

وإنما توقفت هذه العقود على القبض لأنها جميعاً فيما عدا الرهن من عقود التبرع، والتبرع إحسان مندوب إليه، فكان عرضة للرجوع عنه، من ثم كان القبض شرطها. وأما الرهن فقد شُرع موصوفاً بالقبض في قوله تعالى « فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ »[2]

ويتحقق القبض بالحيازة ، وهي أن يصير الشيء في حيازة القابض، ويتم في كل شيء بما يناسبه ويتفق وطبيعته عقاراً ومنقولاً.

---

(١) انظر : - أحمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية . الدار الجامعية، ١٩٨٦، دون طبعة، ص٢٩٠ . وسيشار له فيما بعد هكذا (أحمد فراج : الملكية ونظرية العقد) .
- ومحمد مصطفى شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه. دار النهضة العربية، بيروت ، ١٤٠١هـ = ١٩٨١م ، ص٥٧. وسيشار له فيما بعد هكذا (شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي).

(٢) سورة البقرة، آية رقم ٢٨٣ .

القسم الثاني: العقود غير العينية:

وهي التي تتم وتلزم بصدور الصيغة من غيرتوقف على القبض والتسليم فلا يشترط في هذه العقود القبض لصحتها أو للزومها أو لنقل ملكية المعقود عليه فيها. وهي تتناول عدا ما ذكرنا من العقود العينية

والقبض في العقود العينية تارة يكون شرطاً في صحة العقد بحيث يبطل العقد إن تفرق المتعاقدان قبله. وتارة يكون شرطاً في انتقال ملكية محل العقد أو استقرار الملكية، كما أنه أحياناً يكون شرطاً في لزوم العقد بحيث يكون جائزاً قبله[1]

لذا يقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث :

المبحث الأول : عقود تشترط فيها الحيازة لنقل الملكية
المبحث الثاني : عقود تشترط فيها الحيازة لصحتها
المبحث الثالث : عقود تشترط فيها الحيازة للزومها
المبحث الرابع : العقود التي لا تشترط فيها الحيازة[2]

---

(١) انظر :- نزيه حماد : الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي . مكتبة دار البيان، دمشق، الطبعة الأولى ١٣٩٨ هـ = ١٩٧٨ م ، ص٩٤. وسيشار له فيما بعد هكذا (نزيه حماد : الحيازة في العقود).

(٢) قال بهذا التقسيم الدكتور محمد زكي بن عبد البر في بحثه «القبض في العقود المالية في الفقه الحنفي» المنشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الخامس، السنة الثانية، ١٤١٠هـ = ١٩٩٠م ، ص٣٣ .

المبحث الأول : (عقود تشترط فيها الحيازة لنقل الملكية)

سنتكلم في هذا المبحث عن العقود التي تشترط فيها الحيازة لنقل الملكية في المعقود عليه، سواء أكان هذا الاشتراط متفقاً عليه بين جمهور الفقهاء، أم لم يكن.

وسينحصر كلامنا في خمسة مطالب[1] :

المطلب الأول : الهبة

المطلب الثاني : الوقف

المطلب الثالث : القرض

المطلب الرابع : العارية

المطلب الخامس : العقد الفاسد

وسنبين في كل مطلب آراء الفقهاء في مدى اشتراط القبض، وأدلة كل منهم وترجيح أحد الآراء.

---

(١) انظر : نزيه حماد : الحيازة في العقود . ص ٩٥ (مرجع سابق) .

المطلب الأول : (الهبة)

تعريفها :

الهبة لغةً : « من وهب له الشيء : أعطاه إياه بلا عوض »[1]

وأما الهبة اصطلاحاً فهي : « تمليك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض»[2].

وهي مشروعة ومندوب إليها لقوله تعالى : « ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ »[3] وقوله صلى الله عليه وسلم: «تهادوا تحابوا »[4]
ويقال لفاعلها : واهب، وللشيء أو المال : موهوب ، ولمن قبلها : موهوب له.

« والهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة ، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها، فأما الصدقة والهدية فهما متغايران وإن دخلا في مسمى الهبة والعطية، فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة[5] . فالظاهر أن من أعطى شيئاً لمحتاج ينوي به التقرب إلى الله تعالى

---

(١) مجمع اللغة العربية المصري : المعجم الوسيط .ج ٢ ص ١٠٥٩ (مرجع سابق)

(٢) وهبة الزحيلي : العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني. دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م ، ص ١٣٦. وسيشار له فيما بعد هكذا (الزحيلي : العقود المسماة).
ولمعرفة تعريفات الفقهاء للهبة بالتفصيل انظر :-
الجزيري، عبد الرحمن : الفقه على المذاهب الأربعة. دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦، دون طبعة، ج ٣ ص٢٨٩-٢٩٢. وسيشار له فيما بعد هكذا (الجزيري : الفقه على المذاهب الأربعة) .

(٣) سورة النساء ، آية رقم ٤ .

(٤) البخاري، أبو عبدالله محمد بن اسماعيل (ت ٢٥٦هـ) : الأدب المفرد ، مطبعة افسيت ، طشقند . الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ = ١٩٨٠م ، ص ١٥٢ حديث رقم ٥٩٤ . وسيشار له فيما بعد هكذا (البخاري : الأدب المفرد) .

(٥) انظر :- ابن حجر العسقلاني : فتح الباري شرح صحيح البخاري . كتاب الهبة، باب قبول الهدية، ج٥، ص٢٠٣، حديث رقم ٢٥٧٦ (مرجع سابق) .

فهو صدقة، ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه والمحبة له فهو هدية »[1]

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط القبض أو الحيازة لنقل ملكية العين الموهوبة إلى الموهوب له على قولين :

القول الأول : (لا يشترط القبض في انتقال الملكية إلى الموهوب له، بل تثبت له بالعقد، وعلى الواهب تسليمه وفاء بالعقد)

وهذا قول المالكية ، فيقول«ابن جزي»:«وعلى المذهب (المالكي) تنعقد الهبة وتلزم بالقول ويجبر الواهب على إقباضها »[2]

واستدلوا على عدم اشتراط القبض بالقياس على البيع، فإن المشتري يملك ما اشتراه بالعقد ولو لم يقبضه [3]

القول الثاني: (يشترط القبض في انتقال ملكية الموهوب إلى الموهوب له، وأن الهبة لا تملّك إلا بالقبض).

---

(١) ابن قدامه، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٨٢هـ) : الشرح الكبير . جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، دون طبعة وتاريخ، ج٣ ص ٤٢٣ . وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن قدامة : الشرح الكبير) .

(٢) ابن جزي : القوانين الفقهية ، ص٣٧٣ (مرجع سابق).
وانظر في كتب الفقه مايلي:
- العدوي : حاشية العدوي ، ج٢ ص٢٣٣ (مرجع سابق).
- والكشناوي، أبو بكر بن حسن : أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك. دار الفكر، الطبعة الثانية، دون تاريخ ، ج٣ ص٨٨. وسيشار له فيما بعد هكذا (الكشناوي : أسهل المدارك).

(٣) المرجع السابق ، ج٣ ، ص٣٧٤ .

وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] ، يقول «ابن عابدين» : «وشرائط صحتها (أي الهبة) في الموهوب أن يكون مقبوضاً»[4] . ويقول «النووي»[5] : « وأما شرائط لزوم الهبة فهو القبض، فلا يحصل الملك في الموهوب والهدية إلا بقبضهما، هذا هو المشهور »[6] . ويقول «ابن رجب»[7] : «مذهبنا ان الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض»[8].

واستدل الجمهور على قولهم بالسنة وعمل الصحابة .

---

(١) انظر : - ابن عابدين : رد المحتار، ج٥ ص٦٨٨ (مرجع سابق)
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت.٩٧٠هـ) : الأشباه والنظائر . دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ=١٩٨٣م ، ص٣١٣. وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن نجيم : الأشباه والنظائر).

(٢) انظر : - الشافعي : الأم ، ج٤ ص٦٤-٦٥ (مرجع سابق)
- النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي (ت ٦٧٦ هـ) : روضة الطالبين. المكتب الاسلامي ، دون طبعة وتاريخ، ج٥ ص٣٧٥. وسيشار له فيما بعد هكذا (النووي : روضة الطالبين) .

(٣) انظر :- ابن رجب ، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت٧٩٥هـ) : القواعد في الفقه الإسلامي ، دار الجيل، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ = ١٩٨٨م ، ص٧١ . وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن رجب : القواعد في الفقه الإسلامي)
- ابن قدامة المقدسي : المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل . مكتبة الرياض الحديثة ١٤٠٠هـ = ١٩٨٠م، دون طبعة ، ج٢ ص٣٣٢ . وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن قدامة : المقنع) .

(٤) ابن عابدين : حاشية رد المحتار ، ج٥ ص ٦٨٨ . (مرجع سابق) .

(٥) هو أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي الشافعي (٦٣١هـ-٦٧٦هـ) علامة في الفقة والحديث، مولده ووفاته في نوا (من قرى حوران بسوريا) ، له مؤلفات عديدة منها (منهاج الطالبين ، والمنهاج في شرح صحيح مسلم، وروضة الطالبين، ومنهج الصالحين) وغيرها . (الزركلي : الأعلام ، ج٩ ص١٨٤ - ١٨٥) .

(٦) النووي : روضة الطالبين ، ج٥ ص٣٧٥ (مرجع سابق) .

(٧) هو أبو الفرج زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي (٧٣٦ هـ - ٧٩٥ هـ) حافظ للحديث، من العلماء، ولد ببغداد، ونشأ وتوفي في دمشق، من كتبه (جامع العلوم والحكم، والقواعد الفقهية، وشرح جامع الترمذي، وفضائل الشام) وغيرها. (الزركلي : الأعلام ، ج٤ ص٦٧).

(٨) ابن رجب : القواعد في الفقه الإسلامي ، ص٧١ . (مرجع سابق) .

واستدل الجمهور على قولهم بالسنة وعمل الصحابة .

أما السنة فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الهبة لا تجوز حتى تقبض »[1]

وأما عمل الصحابة فقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « إن أبا بكر الصديق نحلها جذاذ عشرين وسقاً[2] من ماله بالعالية ، فلما حضرته الوفاة، قال والله يابنية ما من الناس أحد أحب إليّ غنى بعدي منك ، ولا اعز علي فقراً بعدي منك، وإني نحلتك من مالي جذاذ عشرين وسقاً فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك ذلك، وإنما اليوم مال الوارث، وإنما هما أخواك واختاك، فاقتسموا على كتاب الله تعالى .....»[3] فلولا توقف الملك على القبض لما قال إنه مال الوارث .

وقد روي عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الأنحال[4] أن ما قبض منه فهو جائز، وما لم يقبض فهو ميراث[5].

وقد روي مثل ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وأنس وعائشة[6]

وأما المعقول فلأن الموهوب له لو ملك الهبة قبل القبض لثبت له الحق في مطالبة الواهب بالتسليم وإجباره عليه ، وهذا من موجبات عقود المعاوضات . والهبة عقد تبرع .

---

(١) الصنعاني ، أبو بكر عبد الرزاق بن همام (ت ٢١١هـ) : المصنف . منشورات المجلس العلمي، الطبعة الأولى ١٣٩٢ هـ = ١٩٧٢م ، ج ٩ ص ١٠٧ ، كتاب المواهب ، حديث رقم ١٦٥٢٩. وسيشار له فيما بعد هكذا (الصنعاني : المصنف).

(٢) الوسق : مكيلة معلومة ، وهي ستون صاعاً، والصاع خمسة أرطال وثلث . (المعجم الوسيط ج ٢ ص ١٠٣٢) .

(٣) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨ هـ) : السنن الكبرى . دار الفكر، ببيروت، دون طبعة وتاريخ ، ج ٦ ، ص ١٧٠ . وسيشار له فيما بعد هكذا (البيهقي : السنن الكبرى) .

(٤) الأنحال من النِحْلة وهي العطاء ، تقول نحل المرأة : أعطاها مهرها .(المعجم الوسيط ، ج ٢ ص ٩٠٧) .

(٥) البيهقي : السنن الكبرى ، ج ٦ ص ١٧٠ (مرجع سابق) .

(٦) المرجع السابق ، ج ٦ ص ١٧٠ .

والذي يترجح لديّ من هذين القولين قول الجمهور باشتراط القبض لنقل ملكية العين الموهوبة إلى الموهوب له، وذلك لقوة الأدلة التي ساقوها، ولأن ما استدل به غير المشترطين من قياس الهبة على البيع في أن المشتري يملك البيع قبل قبضة غير مسلّم لأنه قياس مع الفارق، إذ البيع عقد معاوضة ينطوي على التزام من طرفيه، والهبة عقد تبرع ينطوي على إحسان من الواهب دون أن يقابله أي التزام من الطرف الآخر ، فافترقا[1].

المطلب الثاني : (الوقف)

تعريفه :

الوقف لغة : الحبس ، مصدر قولك وقف الشيء إذا حبسه، ومنه وقف الأرض على المساكين – وللمساكين – وقفاً حبسها ، لأنه يحبس الملك عليه، ووقفت الدابة والأرض وكل شيء[2]

وأما الوقف اصطلاحاً : فقد اختلف الفقهاء في بيان معناه ، إذ عرّفوه بتعريفات مختلفة [3]تبعاً لاختلاف مذاهبهم في الوقف من حيث لزومه وعدم لزومه، واشتراط القربة فيه، والجهة المالكة للعين بعد وقفها، وغير ذلك .

والتعريف المختار من تعريفات الفقهاء هو تعريف «ابن قدامة»[4] حيث عرّف

---

(١) نزيه حماد: الحيازة في العقود ، ص٩٩ . (مرجع سابق) .

(٢) ابن منظور : لسان العرب ، ج ١١ ص ٢٧٦، مادة وقف .(مرجع سابق) .

(٣) لمعرفة تعريفات الفقهاء بالتفصيل ومناقشتها انظر :-الكبيسي، محمد عبيد : أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية. مطبعة الإرشاد ، بغداد ، ١٣٩٧م ، ج١ ص٦٠-٨٨. وسيشار له فيما بعد هكذا (الكبيسي : أحكام الوقف).

(٤) هو أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي (٥٤١هـ - ٦٢٠هـ) فقيه ، من أكابر الحنابلة ، له تصانيف عديدة منها (المغني، وروضة الناظر ، والمقنع ، وفضائل الصحابة، وغيرها الكثير) . ولد في جماعيل (من قرى نابلس بفلسطين) ، تعلم في دمشق ، ورحل إلى بغداد سنة ٥٦١هـ . فأقام نحو أربع سنوات وعاد إلى دمشق، وفيها وفاته. (الزركلي : الأعلام ، ج٤ ص١٩١-١٩٢) .

الوقف بأنه « تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة »[1] ، وبذلك خرجنا من الخلاف بين الفقهاء في حكم العين الموقوفة هل تنتقل إلى ملك الموقوف عليه أو تكون ملكاً لله تعالى أو تبقى على ملك الواقف ؟ .

وللفقهاء في اشتراط القبض لزوال ملكية الموقوف عن الواقف قولان :

القول الأول : (يشترط القبض لزوال ملكية الوقف عن الواقف) .

وهذا قول المالكية [2] ومحمد بن الحسن [3]- من الحنفية - [4] وأحمد بن حنبل [5]- في رواية - [6]

يقول «الدسوقي» :« ... الحوز الذي هو شرط في صحة الوقف»[7] ويقول «ابن الهمام »[8] : « وقال محمد (بن الحسن) لا يزول (ملك الواقف) حتى يجعل للوقف

---

(١) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج ٦ ص ١٨٥ ، ١٨٨ (مرجع سابق) .

(٢) انظر :- الدسوقي : حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٧٨ وما بعدها (مرجع سابق) .

(٣) هو أبو عبدالله محمد بن الحسن (١٣١هـ-١٨٩هـ) من موالي بني شيبان ، إمام بالفقه والأصول ، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة، أصله من قرية حرستة في غوطة دمشق، ولد بواسط، ونشأ بالكوفة ، فسمع من أبي حنيفة وغلب عليه مذهبه ، وعُرف به ، وانتقل إلى بغداد ، وولاه الرشيد القضاء بالرقة ، ثم عزله . له كتب عديدة منها (المبسوط ، والزيادات ، والجامع الكبير ، والاثار ، والسير ، والموطأ وغيرها) ، مات في الري . (الزركلي : الأعلام ، ج٦ ص٣٠٩)

(٤) انظر :-ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي السكندري (ت٦٨١هـ) : شرح فتح القدير على الهداية . مطبعة البابي، مصر ، الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ = ١٩٧٠م ، ج٥ ص٤١٩ . وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن الهمام : فتح القدير).

(٥) هو الإمام أبو عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل (١٦٤هـ - ٢٤١هـ) إمام المذهب الحنبلي، وأحد الأئمة الأربعة، أصله من مرو، وكان أبوه والي سرخس، ولد ببغداد فنشأ منكباً على العلم ، وسافر في طلب العلم إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة واليمن والشام وغيرها . له مصنفات عديدة منها المسند في ستة مجلدات ويحتوي على ثلاثين ألف حديث، سُجن في زمن المعتصم لأنه رفض القول بخلق القران . (الزركلي : الأعلام ، ج١ ص١٩٢-١٩٣) .

(٦) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير، ج٦ ص١٨٨ (مرجع سابق) .

(٧) الدسوقي : حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٧٨ . (مرجع سابق) .

(٨) هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود المعروف بابن الهمام (٧٩٠هـ-٨٦١هـ) إمام من علماء الحنفية ، عارف بأصول الديانات والتفسير والفقه وغيرها. أصله من سيواس، ولد بالاسكندرية ثم صار شيخ الشيوخ بمصر، وتوفي بالقاهرة، من مؤلفاته (فتح القدير، والتحرير) وغيرها . (الزركلي: الأعلام ، ج٧ ص١٣٤-١٣٥) .

ولياً ويسلمه إليه»[1] ويقول «ابن قدامة» : «وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لا يلزم (الوقف) إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن يده »[2]

واستدلوا على قولهم بما يلي :

اولاً : بحديث عمر بن الخطاب، فإنه جعل وقفه في يد ابنته حفصة رضي الله عنها ، وإنما فعل ذلك ليتم الوقف [3]

ثانيا : « إن حق الله تعالى إنما يثبت في الوقف في ضمن التسليم إلى العبد لأن التمليك إلى الله تعالى وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصوداً ، وقد يكون تبعاً لغيره، فيأخذ حكمه، فينزل منزلة الزكاة والصدقة »[4]

ثالثاً : إن الوقف تبرع بمال لم يخرجه عن المالية ، فلم يلزم بمجرده كالهبة والوصية [5] .

القول الثاني:(يتم الوقف وتزول ملكية الوقف عن الواقف بمجرد اللفظ من غير حاجة إلى قبض أو تسليم) .

وهذا قول الشافعية [6] و«أحمد بن حنبل» - في الرواية المشهورة عنه [7]

---

(١) ابن الهمام : فتح القدير على الهداية ، ج٥ ص٤١٩ . (مرجع سابق)

(٢) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٦ ص١٨٨ . (مرجع سابق)

(٣) انظر :- السرخسي : المبسوط ، ج ١٢ ص ٣٦ .(مرجع سابق) .

(٤) ابن نجيم ، زين الدين بن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ) : البحر الرائق شرح كنز الدقائق . دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، دون تاريخ ، ج ٥ ، ص ٢١٢ . وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن نجيم : البحر الرائق) .

(٥) ابن قدامه : المغني مع الشرح الكبير ، ج ٦ ص ١٨٨ . (مرجع سابق) .

(٦) انظر :- الشربيني : مغني المحتاج ، ج ٢ ص ٣٨٣ . (مرجع سابق) .

(٧) انظر :- ابن قدامه : المغني مع الشرح الكبير ، ج ٦ ، ص ١٨٨ . (مرجع سابق) .

وأبي يوسف [1]- من الحنفية -[2] ، يقول «الشربيني»[3] :« فإن قضية كلامهم في باب الوصية لزوم الوقف بمجرد اللفظ ، وبه صرح الإمام، ولا يشترط على القول بالقبول القبض على المذهب»[4] ، ويقول «ابن قدامة» : «... أنه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به لأن الوقف يحصل به»[5] ويقول «ابن الهمام» : « وقال أبو يوسف يزول ملكه بمجرد القول»[6]

واستدلو على قولهم بما يلي :

اولاً : بحديث عمر بن الخطاب حين وقف أرضه التي بخيبر، فقد تصدق بها على الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضعيف ، وليس في الأثر ما يدل على اشتراط التسليم لتمام الوقف [7]

ثانياً : إن الوقف تبرع يمنع الهبة والبيع والميراث، فيلزم بمجرد اللفظ كالعتق[8] حيث إنه ليس في كل واحد منهما معنى التمليك .

بعد ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء في مسألة اشتراط القبض في الوقف نجد أن ما استدل به أصحاب الرأي الأول القائلون باشتراط القبض من أن عمر بن

---

(١) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي (١١٣هـ -١٨٢هـ) صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه وأول من نشر مذهبه، كان فقيهاً وعلامة من حفاظ الحديث ، ولد بالكوفة ، وتولى القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد، وهو أول من دُعي قاضي القضاة، وأول من وضع الكتب في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة، من كتبه (الخراج، والآثار، والنوادر، واختلاف الأمصار وغيرها) مات في خلافة الرشيد ببغداد وهو على القضاء . (الزركلي : الأعلام ، ج ٩ ص٢٥٢) .

(٢) انظر:- السرخسي: المبسوط ، ج١٢ ص٣٥-٣٦ . (مرجع سابق)

(٣) هو شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني (ت ٩٧٧هـ) ، فقيه شافعي، مفسر، من أهل القاهرة، له تصانيف منها (السراج المنير، ومغني المحتاج) وغيرها . (الزركلي: الأعلام ، ج٦ ص٢٣٤) .

(٤) الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص٣٨٣ . (مرجع سابق)

(٥) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٦ ص١٨٨ . (مرجع سابق)

(٦) ابن الهمام : شرح فتح القدير ، ج٥ ص٤١٩ . (مرجع سابق)

(٧) الحاوي الكبير ج ٧ ، مخطوط غير مرقم . انظر كتاب أحكام الوقف للكبيسي . ص ١٩٤ (مرجع سابق) .
وانظر :- السرخسي : المبسوط ، ج ١٢ ص ٣١ . (مرجع سابق) .

(٨) انظر :- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج ٦ ص ١٨٨. (مرجع سابق)
- والسرخسي : المبسوط ، ج ١٢ ص ٣٥ - ٣٦. (مرجع سابق) .

الخطاب جعل وقفه في يد ابنته حفصه، لا يدل على اشتراط القبض وإنما فعل ذلك لكثرة أشغاله واشتغاله وخوف التقصير منه في أوانه أو ليكون في يدها بعد موته[1]

وإن قياس الوقف على الهبة إنما هو قياس مع الفارق، لأن الهبة تمليك مطلق، والوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، وعلى هذا فهو بالعتق أشبه، وإلحاقه به أولى من إلحاقه بالهبة، لأن في كل منهما تزول ملكية الرقبة من المعتق والواقف إلى الله عز وجل .

«لذلك يرجح الرأي القائل بعدم اشتراط القبض لأنه أوجه عند المحققين، وعليه الفتوى في المذهب الحنفي، ثم إن الأخذ بهذا الرأي أحوط وأسهل . وقد أخذ به الفقهاء تسهيلاً وترغيباً للناس في الوقف» [2]

المطلب الثالث : (القرض)

تعريفه :

القرض لغةً : « قرضه يقرضه قرضاً : قطعه ...»[3]

وأما القرض اصطلاحاً : « تمليك مال أو شيء مثلي لآخر على أن يرد مثله قدراً ونوعاً وصفة إلى المقرض عند نهاية مدة القرض»[4] ، « ويسمى العقد قرضاً لما فيه من قطع طائفة من ماله وذلك بالتسليم إلى المستقرض»[5]

---

(١) انظر :- السرخسي : المبسوط، ج ١٢ ص ٣٦ . (مرجع سابق) .
- وابن نجيم : البحر الرائق ، ج ٥ ص ٢١٢ . (مرجع سابق).

(٢) الكبيسي : أحكام الوقف ، ص ١٩٦ . (مرجع سابق) .

(٣) الزبيدي : تاج العروس ، ج٥ ص٧٥ . (مرجع سابق)
وانظر :الفيروزأبادي : القاموس المحيط ، ج٢ ص٣٥٤ .(مرجع سابق) .

(٤) الزحيلي : العقود المسماة ، ص ١٩٦ . (مرجع سابق) .

(٥) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٣٩٥. (مرجع سابق) .

وللفقهاء في اشتراط القبض في القرض لنقل الملكية إلى المستقرض ثلاثة أقوال :

القول الأول : (يملك المقترض المال المُقْرَض بالعقد ملكاً تاماً وإن لم يقبضه، ويعتبر مالاً من أمواله ، ويُقضى له به) .

وهذا قول المالكية، حيث يقول «التسولي» : « ثم إن المشهور أن القرض يُملك بالقول فيصير مالاً من أموال المقترض»[1]

واستدلوا على قولهم بأن القرض عقد كغيره من العقود الصحيحة ينعقد بالايجاب والقبول دون الحاجة إلى القبض[2]

القول الثاني: (يملك المقترض المال المُقْرَض بالقبض) .

وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5]. حيث يقول «الكاساني» في حديثه عن شروط القرض : «وأما الذي يرجع إلى المُقرَض فمنها القبض ..»[6] ويقول «النووي» : «فيما يملك به المُقْرَض قولان منتزعان من كلام الشافعي رضي الله عنه أظهرهما بالقبض، والثاني بالتصرف»[7]ويقول

---

(١) التسولي : البهجة ، ج٢ ص٢٨٨ . (مرجع سابق) .
وانظر الدردير : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ، ج٣ ص٢٢٦ . (مرجع سابق) .

(٢) انظر المراجع السابقة ، نفس الصفحات .

(٣) انظر: – الكاساني: بدائع الصنائع ، ج٧ ص٣٩٥ . (مرجع سابق) .

(٤) انظر : – الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص ١٢٠ . (مرجع سابق).
– النووي : روضة الطالبين ، ج٤ ص ٣٥ . (مرجع سابق).

(٥) انظر : –البهوتي : كشاف القناع ، ج٢ ص٣١٢ . (مرجع سابق).

(٦) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٧ ص٣٩٥ . (مرجع سابق) .

(٧) النووي : روضة الطالبين ، ج٤ ص٣٥ . (مرجع سابق) .

«البهوتي»[1] :«وهو أي القرض عقد لازم في حق المقرض بالقبض لكونه أزال ملكه عنه بعوض من غير خيار»[2]

واستدلوا على قولهم بأن مأخذ الاسم دليل عليه «لأن القرض هو القطع في اللغة ، ويسمى هذا العقد قرضاً لما فيه من قطع طائفة من ماله وذلك بالتسليم إلى المستقرض فكان مأخذ الاسم دليلاً على اعتبار هذا الشرط» [3]

القول الثالث: (يملك المقترض المال المُقْرَض بالتصرف، فإذا تصرف فيه تبين ثبوت ملكه فيه) .

وهذا قول «أبي يوسف» – من الحنفية –[4] و«الشافعي» في قول[5] ، يقول «الكاساني»: «وروي عن أبي يوسف في النوادر لا يُملك القرض بالقبض ما لم يستهلك»[6] ويقول «النووي» :«فيما يملك به المُقْرَض قولان منتزعان من كلام الشافعي رضي الله عنه أظهرهما بالقبض ، والثاني بالتصرف»[7]

والمراد بالتصرف كل ما يزيل الملك كالبيع والهبة والإعتاق . ولا يكفي الرهن والإجارة وغيرها .

وقد استدلوا على قولهم بأن الإقراض إعارة بدليل أنه لا يلزم فيه الأجل، ولو كان معاوضة للزم كما في سائر المعاوضات، وكذا في إقراض الدراهم والدنانير لا

---

(١) هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (١٠٠٠هـ-١٠٥١هـ) شيخ الحنابلة بمصر في عصره ، نسبته إلى بهوت في غربية مصر، له كتب منها (الروض المربع ، وكشاف القناع ، وعمدة الطالب) وغيرها . (الزركلي : الأعلام ، ج٨ ص ٢٤٩) .

(٢) البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٣١٢ . (مرجع سابق) .

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٧ ص٣٩٦ . (مرجع سابق) .

(٤) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٧ ص٣٩٦ . (مرجع سابق) .

(٥) انظر :– النووي : روضة الطالبين ، ج٤ ص٣٥ . (مرجع سابق) .
– والشربيني : معني المحتاج ، ج٢ ص١٢٠ . (مرجع سابق) .

(٦) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٧ ص٣٩٥ . (مرجع سابق) .

(٧) النووي : روضة الطالبين ، ج٤ ص٣٥ . (مرجع سابق) .

يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين، ولو كان مبادلة لبطل لأنه صرف [1] والصرف يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين . وكذا لا يمكله الولي والذمي والعبد والمأذون والمكاتب، وهؤلاء يملكون المعاوضات، فثبت بهذه الدلائل أن الإقراض إعارة فبقيت العين على حكم ملك المقرض.[2]

وبعد استعراض الأقوال السابقة وأدلتها يتبين لنا عدة أمور هي :

أولاً : إن القرض عقد اجتمع فيه جانب المعاوضة وجانب التبرع، أما المعاوضة فلأن المستقرض يجب عليه رد بدل مماثل عوضاً عن المال المستقرض، وأما التبرع فلأنه ينطوي على تبرع من المقرض للمستقرض بالانتفاع بالقرض بسائر التصرفات . لكن جانب التبرع فيه أرجح لضعف جهة المعاوضة فيه، ولأن التبرع بمنافع المال المقرض هو مقصوده وثمرته . وكذلك لا يملكه من لا يملك التبرع ، فكان كباقي التبرعات من هبات وصدقات فتنتقل الملكية فيه بالقبض لا بالعقد ولا بالتصرف .

ثانياً : إن القول بانتقال ملكية المال المقرض يكون بالتصرف ممنوع لأن التصرف فرع الملك ، فيمتنع كونه شرطاً فيه، وإلا لزم الدور.

ثالثاً : إن القول بأن القرض إعارة، والإعارة تمليك المنفعة لا تمليك العين قول غير مسلّم به ، لأن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقيام عينه مقام المنفعة يصير قبض العين فيه قائماً مقام قبض المنفعة، والمنفعة في الإعارة تملك بالقبض لأنها تبرع بتمليك المنفعة، فكذا ما هو ملحق بها وهو العين .[3]

لذلك يرجح قول الجمهور القائل بأن المال المقرض تنتقل ملكيته إلى المستقرض بالقبض .

---

(١) لمعرفة الصرف بالتفصيل انظر ص (٦٥) من هذا البحث

(٢) انظر :- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٣٩٦ . (مرجع سابق) .

(٣) نزيه حماد : الحيازة في العقود ، ص ١٠٥ .(مرجع سابق)

المطلب الرابع : (العارية)

العارية : هي عقد تبرع بالمنفعة[1]

بهذا التعريف نحترز عن الخلاف الذي وقع بين الفقهاء هل العارية تمليك للمنافع أو إباحة لها ؟ حيث ذهب الحنفية[2] والمالكية[3] إلى أنها تمليك للمنفعة، بينما ذهب الشافعية[4] والحنابلة[5] إلى أنها إباحة للمنافع .

وعلى أساس هذا الاختلاف اختلفوا في مدى اشتراط القبض في العارية على قولين
القول الأول : (يشترط القبض لانتقال منافع العين المعارة إلى ملك المستعير؛ لأن الإعارة تبرع بتمليك منافع الشيء المعار، فهي كالهبة والقرض).

وهذا قول الحنفية ، يقول «الكاساني» : «وأما الشرائط التي يصير الركن بها إعارة شرعاً فأنواع ... ومنها القبض من المستعير، لأن الإعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض ... ».[6]

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج ٦ ص ٢١٧ . (مرجع سابق) .

(٢) يقول الكاساني في بيان حكم عقد العارية بأنه «ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفاً وعادة عندنا ، وعند الشافعي اباحة المنفعة » . «الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص٢١٤» . وتعريف العارية عند ابن عابدين هو «تمليك المنافع مجاناً » . (ابن عابدين : حاشية رد المحتار ، ج٥ ص٦٧٧) .
وانظر :- درر الحكام . مادة ٧٦٥ (مرجع سابق) .
- ومرشد الحيران مادة ٧٥٦ (مرجع سابق) .

(٣) عرف الدردير العارية بأنها « تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض» . (الدردير : الشرح الصغير ، ج٣ ص٥٧٠) .
وانظر:- الدسوقي : حاشية الدسوقي ، ج٣ ص٤٣٣ .(مرجع سابق)
- وعليش، محمد : شرح منح الجليل على مختصر العلاّمة خليل .مكتبة النجاح، ليبيا، دون طبعة وتاريخ، ج٣ ص٤٨٦ . وسيشار له فيما بعد هكذا (عليش : شرح مُنح الجليل).

(٤) وانظر :- النووي : المجموع ، ج١٤ ص١٩٩ (مرجع سابق).
يقول الشربيني عن العارية : « وحقيقتها شرعاً إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه» . (الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص٢٦٣) .

(٥) يقول ابن قدامة :« العارية إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال» . (ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير ، ج٥ ص٣٥٤)
وانظر :- ابن النجار ، تقي الدين الفتوحي الحنبلي المصري (ت ٩٧٢هـ) : منتهى الإرادات . عالم الكتب ، دون طبعة وتاريخ ، ج١ ص٥٠٣ . وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن النجار : منتهى الإرادات) .

(٦) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص٢١٤ . (مرجع سابق) .
وانظر:- درر الحكام ، المادة ٨١٠ . (مرجع سابق) .

القول الثاني: (لا تنتقل منافع العين المعارة إلى ملك المستعير لا بالقبض ولا بغيره لأن العارية من قبيل الإباحة لا التمليك) .

وهذا قول الشافعية[1] والحنابلة[2] . يقول «الشربيني» في الإعارة : « وحقيقتها شرعاً إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ... لأنه (أي المستعير) غير مالك للمنفعة ، وإنما أبيح له الانتفاع ...) [3]

المطلب الخامس : (العقد الفاسد)

اختلف الفقهاء في كون القبض ناقلاً للملكية في العقد الفاسد على قولين :

القول الأول : (تنتقل ملكية المعقود عليه بالعقد الفاسد بقبضه برضى صاحبه ، ويكون مضموناً عليه بقيمته يوم قبضه) .

وهذا قول الحنفية ، يقول «الكاساني»: «فإن البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به عندنا»[4]

القول الثاني: (لا ينعقد العقد الفاسد أصلاً ولا يفيد الملك سواء قبضه العاقد أم لم يقبضه كالعقد الباطل) .

---

(١) انظر: - النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (ت ٦٧٦ هـ) : المجموع شرح المهذب. المكتبة السلفية، المدينة المنورة، دون طبعة وتاريخ ، ج١٤ ص٢٠٠. وسيشار له فيما بعد هكذا (النووي : المجموع).
- الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص٢٦٤ . (مرجع سابق) .

(٢) انظر : - ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٥ ص٣٥٤ . (مرجع سابق)
- ابن النجار : منتهى الإرادات ، ج١ ص٥٠٣ . (مرجع سابق)

(٣) الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص٢٦٤ . (مرجع سابق) .

(٤) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٥ ص١٥٦ . (مرجع سابق) .
وانظر:- ابن عابدين : رد المحتار ، ج٤ ص٤٩ .(مرجع سابق).

وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] فقد نص «الحطاب» على ذلك فقال : «إن البيع الفاسد لا ينقل الملك»[4] وقال «النووي» : «... فيمن اشترى شيئاً شراء فاسداً وقد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يملكه ولا يصح تصرفه فيه»[5] وقال «ابن قدامة» : « فإن حكمنا بفساد العقد لم يحصل به ملك سواء اتصل به القبض أو لم يتصل ، ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره ، وبهذا قال الشافعي »[6]

والحقيقة أن الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء في انتقال الملكية في البيع الفاسد بالقبض إنما هو ناشيء عن اختلافهم في حقيقة العقد الفاسد .

فجمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن نهي الشرع عن عقد من العقود يقتضي عدم وجوده شرعاً، سواء رجع النهي إلى أركانه (الصيغة وأهلية العاقدين ومحل العقد) أم رجع إلى وصفه بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة في المبيع أو الثمن، كما لو باعه بثمن مؤجل ولم يسمّ الأجل .

وعليه إذا حدث عقد منهي عنه بأصله أو وصفه فهو باطل أو فاسد لا يترتب عليه أي أثر لفوات أمر من الأمور التي يتطلبها الشرع لصحة التصرف . وهو لا يفيد الملك بحال ولو بعد القبض[7]

وذهب الحنفية إلى أن نهي الشرع عن عقد من العقود إن رجع إلى ركن من

---

(١) انظر :- الخرشي :حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ، ج٥ ص٨٥ .(مرجع سابق).
- الحطاب : مواهب الجليل ، ج٤ ص٣٨٠ . (مرجع سابق) .
- الدسوقي : حاشية الدسوقي ، ج٣ ص٧١ . (مرجع سابق) .

(٢) انظر : - النووي : المجموع شرح المهذب ، ج٩ ص٣٧٧.(مرجع سابق).
- النووي : روضة الطالبين ، ج٣ ص٣٨٠ . (مرجع سابق) .

(٣) انظر : - ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص٢٨٧ . (مرجع سابق).

(٤) الحطاب : مواهب الجليل ، ج٤ ص٣٨٠ (مرجع سابق) .

(٥) النووي : المجموع شرح المهذب ، ج٣ ص٣٠٨ . (مرجع سابق) .

(٦) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص٢٨٧ . (مرجع سابق) .

(٧) انظر :- أحمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٧٦ . (مرجع سابق)
- وشلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، ص ٥٥٢ -٥٥٣ . (مرجع سابق) .

أركانه فالعقد باطل لا يترتب عليه أي أثر ولا يفيد الملك بحال ولو تم القبض . فالباطل ليس مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً . أما إن رجع النهي الى وصف من أوصافه أي كان العقد مشروعاً بأصله دون وصفه فهو فاسد لأن النهي عن الوصف يعني بطلانه وهذا البطلان في الوصف لا يتعدى البطلان إلى أصل العقد لأنه استكمل عناصره الأساسية فيكون العقد فاسداً فقط .[1]

والعقد الفاسد لا يترتب عليه الآثار الشرعية المقررة له كما لو كان صحيحاً ، ويلزم فسخه من قبل عاقديه لأنه ليس محل رعاية الشرع ، ولكن قد يترتب عليه أحياناً بعض الآثار إذا قام العاقد بتنفيذه بالقبض .[2]

---

(١) المراجع السابقة ، نفس الصفحات .

(٢) انظر :- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ٣٠٠ . (مرجع سابق)
- وعبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية . مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة التاسعة ١٤٠٧هـ = ١٩٨٦م ، ص ٣٦٧ ، وسيشار له فيما بعد هكذا (زيدان : المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية) .

المبحث الثاني : (عقود تشترط فيها الحيازة لصحتها)

سنتكلم في هذا المبحث عن العقود التي تشترط فيها الحيازة حتى تكون صحيحة، سواء أكانت الحيازة مشروطة من الجانبين أو كانت مشروطة من جانب واحد .

ويحتوي هذا المبحث على سبعة مطالب:

المطلب الأول : الصرف

المطلب الثاني : بيع الأموال الربوية

المطلب الثالث : السّلم

المطلب الرابع : إجارة الذمة

المطلب الخامس : المضاربة

المطلب السادس : المزارعة

المطلب السابع : المساقاة

وسنبين في كل عقد آراء الفقهاء وأدلتهم ثم نرجح ما نراه راجحاً .

المطلب الأول :(الصرف)

تعريفه :

الصرف لغة : «رد الشيء عن وجهه ، والصرف فضل الدرهم على الدرهم ، والدينار على الدينار . والصرف بيع الذهب بالفضة»[1]

وأما الصرف اصطلاحاً فهو: « بيع النقد جنساً بجنس أو بغير جنس »[2]

وقد اشترط العلماء في عقد الصرف شروطاً لا بد من توافرها فيه ضماناً لصحة العقد، ومن هذه الشروط أن يتم التقابض بين المتصارفين قبل أن يتم افتراقهما عن بعضها البعض، وذلك خشية الوقوع في ربا النسيئة ، يقول «ابن جزي»: « تحرم النسيئة إجماعاً في بيع الذهب بالفضة وهو الصرف، وفي بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة ... وكذلك لا يجوز أن يعقدا عليه ثم يتأخر التقابض ولو ساعة»[3] ويقول «ابن قدامة» : «الصرف بيع الأثمان بعضها ببعض، والقبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف، قال (ابن المنذر)[4] : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد ...»[5]

---

(١) ابن منظور : لسان العرب ، ج٩ ص١٨٩ مادة صرف (مرجع سابق) .

(٢) وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته . دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ = ١٩٨٥م ، ج٤ ص٦٣٦ . وسيشار له فيما بعد هكذا (الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته).

(٣) ابن جزي : القوانين الفقهية ، ص٢٥٤ (مرجع سابق) .

(٤) هو أبو بكر إبراهيم بن المنذرالنيسابوري، نزل مكة، وهو أحد الأئمة الأعلام، لم يقلد أحداً في آخر عمره، توفي سنة ٣٠٩ هـ وقيل ٣١٠ هـ ، وله تصانيف كثيرة كالإجماع ،والإشراقة، والإقناع. (أبو بكر هداية الله : طبقات الشافعية ص١٦).

(٥) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص١٧٧ . (مرجع سابق).

فهذا الشرط متفق عليه بين جميع العلماء[1] مستدلين عليه بأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم، وأقوال الصحابة .

فمن أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم :

أ- قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا[2] بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تُشِفّوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز »[3]

ب - وقوله صلى الله عليه وسلم : «الورق بالذهب ربا إلا هاء وهاء»[4].

جـ- وقوله صلى الله عليه وسلم :«الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد،

---

(١) انظر في مصادر الفقه مايلي :

أ- كتب الفقه الحنفي :

- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٥ ص٢١٥ . (مرجع سابق)
- الزيلعي : تبيين الحقائق ، ج٤ ص١٣٥ .(مرجع سابق).

ب- كتب الفقه المالكي :

- مالك: المدونة الكبرى ، ج٣ ص٨٩ .(مرجع سابق) .
- ابن جزي : القوانين الفقهية ، ص٢٥٤ . (مرجع سابق)

جـ- كتب الفقه الشافعي :

- الشافعي : الأم ، ج٣ ص٣١ . (مرجع سابق) .
- النووي : المجموع ، ج٩ ص٤٠٤ . (مرجع سابق) .

د- كتب الفقه الحنبلي :

- البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٢٦٦ . (مرجع سابق) .
- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص١٧٧ . (مرجع سابق) .

(٢) تُشِفّوا : تفضلوا . والشِف يطلق على النقصان فهو من الأضداد . يقال شف الدرهم ويشِف إذا زاد وإذا نقص . (النووي: شرح صحيح مسلم ، ج١١ ص١٠).

(٣) رواه البخاري ومسلم ، انظر :

- البخاري : صحيح البخاري وبهامشه فتح الباري، كتاب البيوع، ج٤ ص٣٨٠، حديث رقم (٢١٧٧) . (مرجع سابق).
- ومسلم : صحيح مسلم بشرح النووي، باب الربا، ج١١ ص٩-١٠ حديث رقم (١٥٨٤) . (مرجع سابق) .

(٤) رواه البخاري ومسلم . انظر :

- البخاري: صحيح البخاري وبهامشه فتح الباري، كتاب البيوع، ج٤ ص٣٧٨، حديث رقم (٢١٧٤) . (مرجع سابق).
- ومسلم : صحيح مسلم بشرح النووي ، باب الربا، ج١١ ص١٢، حديث رقم (١٥٨٦) . (مرجع سابق) .

فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»[1]

د- وقال البراء بن عازب[2] وزيد بن أرقم[3]:«نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الورِق بالذهب ديناً»[4]

وأما أقوال الصحابة فمنها :

أ- ما رواه ابن عمر عن أبيه أنه قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تبيعوا الورق بالورِق إلا مثلاً بمثل، ولا تبيعوا الذهب بالورِق أحدهما غائب والآخر ناجز و إن استنظرك حتى يلج بيته فلا تنظره إني أخاف عليكم الرماء - أي الربا »[5]

ب - وعن «ابن شهاب»[6] أن «أوس»[7] اخبره أنه التمس صرفاً بمائة دينار، قال :

---

(١) رواه مسلم . انظر الإمام مسلم : صحيح مسلم بشرح النووي . باب الربا ، ج١١ ص١٤، حديث رقم (١٥٨٧) . (مرجع سابق) .

(٢) هو أبو عمارة البراء بن عازب بن الحارث الخزرجي، قائد صحابي من أصحاب الفتوح، أسلم صغيراً، وغزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس عشرة غزوة أولها غزوة الخندق، ولما ولي عثمان الخلافة جعله أميراً على الري سنة ٢٤ هـ. عاش إلى أيام مصعب بن الزبير، فسكن الكوفة واعتزل الأعمال، وتوفي في زمنه، روى له البخاري ومسلم ٣٠٥ أحاديث. (الزركلي : الأعلام ، ج٢ ص١٤-١٥).

(٣) هو زيد بن أرقم الخزرجي الأنصاري (ت٦٨ هـ) ، صحابي غزا مع النبي صلى الله عليه وسلم سبع عشرة غزوة، وشهد صفين مع علي، ومات بالكوفة، روى له البخاري ومسلم ٧٠ حديثاً.(الزركلي : الأعلام ، ج٣ ص٩٥).

(٤) رواه البخاري ومسلم . انظر :
- البخاري : صحيح البخاري وبهامشه فتح الباري . كتاب البيوع، ج٤ ص٣٨٢، حديث رقم (٢١٨٠) . (مرجع سابق).
- والإمام مسلم: صحيح مسلم بشرح النووي. باب الربا ، ج١١ ص١٦، حديث رقم (١٥٨٩) . (مرجع سابق) .

(٥) رواه الإمام مالك . انظر مالك بن أنس : الموطأ . دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٤٠٦هـ=١٩٨٥م . صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي . دون طبعة ، ج٢ ص٦٣٤، كتاب البيوع ، باب بيع الذهب بالفضة تبراً وعيناً ، حديث رقم ٣٤ . وسيشار له فيما بعد هكذا (مالك : الموطأ) .

(٦) هو أبو بكر محمد بن مسلم بن شهاب الزهري (٥٨ هـ - ١٢٤ هـ) من بني زهرة بن كلاب من قريش، أول من دوّن الحديث، وأحد أكابر الحفاظ والفقهاء، تابعي من أهل المدينة، نزل الشام واستقر بها ، مات بشغب آخر حد الحجاز وأول حد فلسطين. (الزركلي : الأعلام ، ج٧ ص٣١٧).

(٧) هو أبو سعيد مالك بن أوس بن الحدثان اليربوعي النصري (١ هـ -٩٢ هـ) تابعي من أهل المدينة، قبل ولد ونشأ وركب الخيل في الجاهلية، وتأخر إسلامه، روى أحاديث عن العشرة، وكان ثقة. (الزركلي : الأعلام ، ج٦ ص١٢٩).

فدعاني «طلحة بن عبيد الله»[1]، فتراوضنا حتى اصطرف مني فأخذ الذهب يقلبها في يده ، ثم قال: حتى يأتي خازني من الغابة ، وعمر يسمع ذلك - فقال : والله لا تفارقه حتى تأخذ منه»[2]

جـ- وعن «أبي نضرة »[3] قال : «سألت ابن عباس عن الصرف ، فقال : ايداً بيد؟ قلت : نعم ، قال : فلا بأس به»[4]

لذلك إذا افترق المتصارفان قبل قبض البدلين جميعاً لزمهما فسخ عقد الصرف، وذلك منعاً لربا النسيئة لأن الشرع نهى عن هذا العقد إلا يداً بيد، وحكم عليه أنه ربا إلا هاء وهاء، فمتى لم يحصل الشرط وهو القبض، حصل المنهي عنه وهو ربا النسيئة ، وفي الفسخ رفعا العقد، فلا تلزمهما شروطه[5]

«وتفسير الافتراق هو أن يفترق العاقدان بأبدانهما عن مجلسهما فيأخذ هذا في جهة وهذا في جهة ، أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر»[6] فإن بقيا في مجلسهما لم يبرحا عنه لم يحصل الافتراق وإن طال مجلسهما لانعدام التفرق بالأبدان، لذلك لا يحصل التفرق إن ناما في المجلس أو أغمي عليهما أو قاما من المجلس فذهبا معاً في جهة واحدة وطريق واحدة ومشيا ميلاً أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه فلا يعتبران متفرقين، لأن العبرة بتفرق الأبدان ولم يوجد ذلك ، يقول «ابن عابدين» :

---

(١) هو أبو محمد طلحة بن عبيد الله بن عثمان التيمي القرشي المدني (ت ٣٦ هـ) صحابي شجاع من أهل الأجواد، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة، وأحد الستة أصحاب الشورى، وأحد الثمانية السابقين إلى الإسلام، وشهد أحداً وبايع النبي صلى الله عليه وسلم على الموت، وشهد سائر المشاهد، كانت له تجارة وافرة مع العراق، قتل يوم الجمل وهو بجانب عائشة، ودفن بالبصرة، له في الصحيحين ٣٨ حديثاً. (الزركلي : الأعلام ، ج٣ ص٣٣١).

(٢) رواه البخاري . انظر البخاري : صحيح البخاري وبهامشه فتح الباري، كتاب البيوع، ج٤ ص٣٧٧، حديث رقم (٢١٧٤). (مرجع سابق) .

(٣) هو أبو نضرة المنذر بن مالك بن قطعة العبدي العوقي البصري (ت ١٠٨ هـ). ثقة من الطبقة الثالثة. (ابن حجر : تقريب التهذيب ، ص٥٤٦).

(٤) رواه مسلم . انظر مسلم : صحيح مسلم بشرح النووي، باب الربا ، ج١١ ص٢٣، حديث رقم (١٥٩٥) . (مرجع سابق).

(٥) انظر : النووي : المجموع شرح المهذب ، ج٩ ص٤٠٤ . (مرجع سابق) .

(٦) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٥ ص٢١٥ . (مرجع سابق) .

«..الافتراق : أي افتراق المتعاقدين بأبدانهما»[1] ، ويقول «الشافعي»[2] : «ولا بأس بطول مقامهما في مجلسهما، ولا بأس أن يصطحبا من مجلسهما إلى غيره ليوفيه لأنهما حينئذ لم يفترقا، وحد الفرقة أن يتفرقا بأبدانهما»[3] ، ويقول «المرغيناني»[4] «والمراد منه الافتراق بالأبدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معاً في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف»[5].

وهذا رأي جمهور الفقهاء من الحنفية[6] والشافعية[7] والحنابلة[8]

---

(١) ابن عابدين : رد المحتار ، ج٥ ص٢٥٨ . (مرجع سابق) .

(٢) هو أبو عبدالله محمد بن إدريس بن العباس بن شافع الهاشمي القرشي (١٥٠هـ-٢٠٤هـ) أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه نسبة الشافعية كافة، ولد بغزة (بفلسطين) وحُمل إلى مكة وهو ابن سنتين، وزار بغداد مرتين، وقصد مصر سنة ١٩٩هـ ، وتوفي بها، وقبره معروف بالقاهرة، برع في الشعر واللغة والفقه والحديث، وأفتى وهو ابن عشرين سنة، كان ذكياً مفرطاً، له تصانيف كثيرة أشهرها (الأم، والمسند، والرسالة) . (الزركلي : الأعلام، ج٦ ص٢٤٩-٢٥٠) .

(٣) الشافعي : الأم ، ج٤ ص٣١ . (مرجع سابق) .

(٤) هوأبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (٥٣٠هـ-٥٩٣هـ). من أكابر فقهاء الحنفية، نسبته إلى مرغينان (من نواحي فرغانه) كان حافظاً مفسراً أديباً، من المجتهدين ، من تصانيفه : بداية المبتدي، والهداية ، ومنتقى الفروع ، وغيرها.(الزركلي : الأعلام ، ج٥ ص٧٣).

(٥) المرغيناني برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (ت ٥٩٣ هـ) : الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، دون طبعة وتاريخ، ج٣ ص٨٢. وسيشار له فيما بعد هكذا (المرغيناني : الهداية).

(٦) انظر :- الكاساني : بدائع الصنائع، ج٥ ص٢١٥ . (مرجع سابق) .
- الزيلعي : تبيين الحقائق ، ج٤ ص١٣٥ . (مرجع سابق) .
- ابن عابدين : رد المحتار ، ج٥ ص٢٥٨ . (مرجع سابق) .

(٧) انظر :- الشافعي : الأم ، ج٣ ص٣١ . (مرجع سابق)
- النووي : المجموع ، ج٩ ص٤٠٤ . (مرجع سابق) .

(٨) انظر :- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير، ج٤ ص١٧٧. (مرجع سابق)
- البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٢٦٦ . (مرجع سابق)
- المرغيناني : الهداية ، ج٣ ص٨٢ . (مرجع سابق) .

أما المالكية فقالوا إن تأخر القبض في المجلس فسد عقد الصرف وإن لم يفترقا إن كان التأخير طويلاً . ويجوز مع الكراهة إن كان التأخير يسيراً ، يقول «التسولي» : «فلا يجوز التأخير في القبض للعوضين أو أحدهما مع افتراق ولو قريباً، فإن التأخير بالمجلس من غير افتراق يمنع الطويل ويكره القريب»[1] فالمالكية يشترطون التقابض فور العقد في المجلس[2].

وسبب اختلاف المالكية مع جمهور الفقهاء في اشتراط التقابض فور العقد في المجلس، ناشيء عن اختلافهم في فهم حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : «...إلا هاء وهاء»[3] ، يقول «ابن رشد»[4] : «وسبب الخلاف ترددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام «إلا هاء وهاء» وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر ، فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس ... قال يجوز التأخير في المجلس . ومن رأى أن اللفظ لا يصح إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور، قال إن تأخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف»[5]، فالمالكية يرون أن اللفظ يدل على القبض بين المتصارفين على الفور، فاشترطوا الفورية ، واستدلوا بما روي عن عمر بن الخطاب حين قال :«وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره أني أخاف عليكم الرماء ، أي الربا»[6] أما الجمهور فيرون أن هذا اللفظ دال على اشتراط القبض بين المتصارفين قبل تفرقهما مهما طال مجلسهما ، فلم يشترطوا الفورية .

---

(١) التسولي : البهجة ، ج٢ ص٢٩ . (مرجع سابق) .

(٢) انظر :- التسولي : البهجة ، ج٢ ص٢٩ . (مرجع سابق).
- وابن جزي : القوانين الفقهية ، ص٢٥٥ . (مرجع سابق).

(٣) انظر نص الحديث كاملاً ص(٦٦) من هذا البحث .

(٤) هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي (٥٢٠هـ - ٥٩٥هـ)، من أهل قرطبة، فيلسوف صنف نحو خمسين كتاباً منها (فلسفة ابن رشد ، والتحصيل، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد)اتهمه خصومه بالزندقة والإلحاد فنُفي إلى مراكش، وتوفي فيها . (الزركلي : الأعلام، ج٦ ص٢١٢).

(٥) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت ٥٩٥هـ) : بداية المجتهد ونهاية المقتصد. مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ١٣٩٠هـ = ١٩٧٠م ، دون طبعة ، ج٢ ص٢٢٢ . وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن رشد : بداية المجتهد) .

(٦) الحديث سبق توثيقه ، انظر ص (٦٧) من هذه الرسالة .

والرأي الراجح هو رأي الجمهور لما ورد من الأثر الصحيح المروي عن عمر بن الخطاب بمصارفة طلحة حين أخذ الذهب بيده ثم قال : حتى يأتي خازني من الغابة فقال عمر : والله لا تفارقه حتى تأخذ منه[1] فقد أقسم عليه ألا يفارقه قبل التقابض، فإذا فارقه بعده فقد صح الصرف . ومعلوم أن البدل متأخر قطعاً حتى يأتي الخازن من الغابة [2] .

كما أن ما روي عن عمر «وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره إني أخاف عليكم الرماء» دال على التفرق بالأبدان وليس على تأخير القبض .

وإن قبض المتصارفان بعض الصرف ثم افترقا بطل الصرف فيما لم يقبض، وفيما يقابله من العوض ، أما المقبوض من الصرف فهو على صحته لوجود شرطه . يقول «النووي» : «...وإن قبض كل واحد منهما نصف المعقود عليه وتفرقا قبل قبض الباقي بطل العقد في الذي لم يقبض»[3] ويقول «ابن قدامة» : «وإن قبض البعض ثم افترقا بطل فيما لم يقبض، وفيما يقابله من العوض ..»[4].

وهذا رأي جمهور الفقهاء من الحنفية[5] والشافعية[6] والحنابلة[7] .

---

(١) انظر نص الأثر كاملاً ص(٦٧-٦٨) من هذا البحث .

(٢) انظر : السبكي : تكملة المجموع، ج١٠ ص٨٩ . (مرجع سابق) .

(٣) النووي : روضة الطالبين ، ج٣ ص٢٧٩ . (مرجع سابق) .

(٤) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص١٧٧ . (مرجع سابق) .

(٥) انظر :- المرغيناني : الهداية ، ج٣ ص٨٣ . (مرجع سابق)
- الزيلعي : تبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه ، ج٤ ص١٣٨. (مرجع سابق) .

(٦) انظر : - الشافعي : الأم ، ج٣ ص٣١ . (مرجع سابق)
- النووي : روضة الطالبين ، ج٣ ص٢٧٩ . (مرجع سابق).

(٧) انظر :- البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٢٦٦ . (مرجع سابق)
- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص١٧٧ . (مرجع سابق) .

أما رأي الإمام «مالك» فهو بطلان العقد ، فقد ورد في كتاب (المدونة الكبرى): «(قلت) أرأيت إن صرفت مائة دينار بألفي درهم كل عشرين درهماً بدينارين، فقبضت الألف درهم، ودفعت خمسين ديناراً ، ثم افترقنا، أيبطل الصرف كله أو يجوز من ذلك حصة الدنانير النقد ؟ (قال) قال مالك : يبطل ذلك كله ولايجوز منه حصة الخمسين النقد ..»[1]

ولو وكّل أحد المتصارفين وكيلاً في القبض، فقبض الوكيل قبل تفرقهما جاز . فقبض وكيله يقوم مقام قبضة ، وإن افترقا قبل قبض الوكيل بطل الصرف ، لأن شرط القبض قد فات . وهذا ما نص عليه جمهور الفقهاء بالاتفاق [2]

المطلب الثاني : (بيع الأموال الربوية)

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في صحة بيع الأموال الربوية بجنسها الحلول وانتفاء النسيئة وكذا إذا بيعت بغير جنسها وكان المالان الربويان تجمعهما علة

(١) مالك : المدونة الكبرى ، ج٣ ص٨٩ . (مرجع سابق) .

(٢) انظر في مصادر الفقه مايلي :
- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٥ ص٢١٦ . (مرجع سابق)
- عليش : شرح منح الجليل ، ج٢ ص٥٠٨ .(مرجع سابق).
- الحطاب مواهب الجليل ، ج٤ ص٣٠٥. (مرجع سابق)
- النووي : المجموع شرح المهذب ، ج٩ ص٤٠٤ . (مرجع سابق).
- النووي : روضة الطالبين ، ج٣ ص٢٧٩ . (مرجع سابق).
- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص١٧٧ . (مرجع سابق).
- البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٢٦٦ . (مرجع سابق) .

واحدة[1] إلا أن يكون أحد العوضين ثمنا والآخر مثمناً كبيع الموزونات بالدراهم والدنانير [2] يقول «النووي» : «والعقود المشتملة على عوض مالي ثابت في الذمة بالنسيئة إلى الحلول وعدمه على أقسام (منها) ما يشترط فيه الحلول بالإجماع ، وهو عقود الربا...»[3] ويقول «ابن قدامة» : «فأما النَّسَاء فكل جنسين يجري فيهما الربا بعلة واحدة كالمكيل بالمكيل، والموزون بالموزون ، والمطعوم بالمطعوم، عند من يعلل به فإنه يحرم بيع أحدهما بالآخر نَساء بغير خلاف نعلمه»[4].

واستدلوا على ذلك بمايلي :

اولاً : بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :« الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يداً بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»[5]

---

(١) انظر في مصادر الفقه مايلي :

أ- كتب الفقه الحنفي :

- الكاساني : بدائع الصنائع، ج٥ ص١٨٣ . (مرجع سابق)

- ابن عابدين : رد المحتار ، ج٥ ص١٧٢ . (مرجع سابق)

ب- كتب الفقه المالكي :

- الإمام مالك : المدونة الكبرى ، ج٣ ص١٧١ وما بعدها . (مرجع سابق)

- ابن جزي : القوانين الفقهية ، ص٢٥٨ . (مرجع سابق)

جـ- كتب الفقه الشافعي :

- الشافعي : الأم ، ج٣ ص٣١ . (مرجع سابق)

- النووي : روضة الطالبين ، ج٣ ص٣٧٨ . (مرجع سابق)

- الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص٢٢ . (مرجع سابق)

د- كتب الفقه الحنبلي :

- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص١٣٠ . (مرجع سابق)

- البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٢٦٤. (مرجع سابق) .

(٢) النووي : شرح صحيح مسلم ، ج١١ ص٩ . (مرجع سابق) .

(٣) النووي : المجموع ، ج١٠ ص٩٠ . (مرجع سابق) .

(٤) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص١٣٠ . (مرجع سابق) .

(٥) الحديث سبق توثيقه ، انظر ص(٦٧) من هذا البحث .

ثانياً : بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :«الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء »[1]

ثالثاً : بما روى أبو سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز »[2]

ومع أن الفقهاء متفقون على اشتراط الحلول وانتفاء النسيئة إلا أنهم اختلفوا في اشتراط التقابض قبل التفرق من مجلس العقد على قولين :

القول الأول : وهو قول الحنفية حيث ذهبوا إلى أنه لا يشترط التقابض قبل التفرق إلا في الصرف، أما في غيره فيشترط فيه التعيين دون التقابض يقول «ابن عابدين» :«والمعتبر تعيين الربوي في غير الصرف ... وحاصله أن الصرف وهو ما وقع على جنس الأثمان ذهباً وفضة بجنسه أو بخلافه لا يحصل فيه التعيين إلا بالقبض، فإن الأثمان لا تتعين مملوكة إلا به ، ولذا كان لكل من العاقدين تبديلها ، أما غير الصرف فإنه يتعين بمجرد التعيين قبل القبض»[3]، لأن البدل في غير الصرف يتعين بمجرد التعيين قبل القبض . ويتمكن من التصرف فيه فلا يشترط قبضه بخلاف البدل في الصرف لأن القبض شرط في تعيينه ، فإنه لا يتعين بدون القبض، إذ الأثمان لا تتعين مملوكة إلا به لذلك كان لكل من العاقدين تبديلها[4]

---

(١) رواه البخاري ومسلم . انظر :
- البخاري : صحيح البخاري وبهامشه فتح الباري ، ج٤ ص٣٧٨ ، حديث رقم (٢١٧٤) . (مرجع سابق) .
- ومسلم : صحيح مسلم بشرح النووي ، ج١١ ص١١، حديث رقم (١٥٨٦) . (مرجع سابق) .

(٢) الحديث سبق توثيقه ، انظر ص(٦٦) من هذا البحث

(٣) ابن عابدين : رد المحتار ، ج٥ ص١٧٨ . (مرجع سابق) .

(٤) المرجع السابق ، ج٥ ص١٧٨ .

القول الثاني : قول جمهور الفقهاء من المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] حيث ذهبوا إلى أنه يشترط التقابض قبل التفرق من المجلس في الصرف وغيره ، يقول «ابن جزي» : «فأما النسيئة فتحرم في بيع كل مطعوم بمطعوم .. فلا يجوز التأخيرفي شيء من ذلك ، ويجب ان يكون يداً بيد ...»[4] ويقول «النووي» في حديثه عن الأموال الربوية : « وإن كانا بعلة فإن اتحد الجنس بأن باع الذهب بالذهب ، والحنطة بالحنطة ثبتت أحكام الربا الثلاثة ، فتجب رعاية التماثل والحلول والتقابض في المجلس، وإن اختلف الجنس كالحنطة بالشعير، والذهب بالفضة ، لم تعتبر المماثلة، ويعتبر الحلول والتقابض في المجلس »[5] فلو تفرقا قبل التقابض بطل العقد لأن النهي عن النسيئة ثبت في الصرف وغيره ، وتحريم النسيئة ووجوب التقابض متلازمان، إذ من المحال أن يشترط انتفاء الأجل في بيع جميع الأموال الربوية ويكون تأجيل التقابض في بعضها جائزاً .

والراجح هو قول الجمهور وهو اشتراط القبض في المجلس في الصرف وغيره لأن قوله صلى الله عليه وسلم «يداً بيد» و «هاء وهاء» في شأن بيع الأموال الربوية الستة إنما يفهم منه اشتراط التقابض فيها جميعاً، ولأن الفقهاء اتفقوا على اشتراط التقابض في المجلس لصحة الصرف ، وليس الصرف إلا بيع مالين ربويين تجمعهما علة واحدة، فكانت جميع الأموال الربوية كالنقدين في ذلك .

---

(١) انظر :- الإمام مالك : المدونة الكبرى ، ج٣ ص١٧٣ . (مرجع سابق)
- ابن جزي : القوانين الفقهية، ص٢٥٨ . (مرجع سابق).

(٢) انظر :- الشافعي : الأم ، ج٣ ص٣١-٣٢ . (مرجع سابق)
- النووي : روضة الطالبين ، ج٣ ص٣٧٨ . (مرجع سابق).

(٣) انظر : - ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص١٧٧ . (مرجع سابق).
- البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٢٦٤ . (مرجع سابق) .

(٤) ابن جزي : القوانين الفقهية ، ص٢٥٨ . (مرجع سابق) .

(٥) النووي : روضة الطالبين، ج٣ ص٣٧٨ . (مرجع سابق) .

مسألة : (تعيين الأموال الربوية)

اتفق الفقهاء على منع النسيئة في بيع الأموال الربوية الستة المنصوص عليها في الأحاديث الصحيحة وهي : الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح .وقالوا إن النص على هذه الأصناف الستة فقط هو من باب الخاص الذي أريد به العام[1] لكنهم اختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الأصناف، أي في علة منع النسيئة [2]

فذهب الحنفية[3] والحنابلة[4] إلى أن العلة في الذهب والفضة كونهما مما يقدر بالوزن، وفي الحنطة والشعير والتمر والملح كونهما مما يقدر بالكيل، يقول «الكاساني» : « قال اصحابنا علة ربا الفضل في الأشياء الأربعة المنصوص عليها، الكيل مع الجنس وفي الذهب والفضة الوزن مع الجنس»[5] ويقول « البهوتي» : «والأشهر عن إمامنا ومختار عامة الأصحاب أن علّة الربا في النقدين كونهما موزون جنس، وفي الأعيان الباقية كونها مكيلات جنس»[6] .

(١) انظر : روضة الطالبين ، ج٣ ص٣٧٨ . (مرجع سابق) .

(٢) السنهوري : مصادر الحق، ج٣ ص١٧٨ . (مرجع سابق)
وانظر : النووي : شرح صحيح مسلم، ج١١ ص٩ . (مرجع سابق).

(٣) انظر :- الكاساني : بدائع الصنائع، ج٥ ص١٨٣. (مرجع سابق)
- السرخسي : المبسوط، ج١٢ ص١١٠ . (مرجع سابق).

(٤) انظر : - ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص١٢٥ . (مرجع سابق)
- البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٢٥١ . (مرجع سابق) .

(٥) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٥ ص١٨٣ . (مرجع سابق) .

(٦) البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٢٥١ .(مرجع سابق) .

وذهب المالكية[1] والشافعية[2] إلى أن العلة في الذهب والفضة هي الثمنية، وفي الحنطة والشعير والتمر والملح هي الطعم .

والمراد بالطعم عند المالكية هو الطعام المقتات المدخر للعيش غالباً لا مطلق الطعم أما الشافعية فالمراد بالطعم عندهم هو ما قُصد لأكل الآدميين اقتياتا أو تفكها أو تداويا[3] يقول «النووي» :«فقال الشافعي العلة في الذهب والفضة كونهما جنس الأثمان .. والعلة في الأربعة الباقية كونها مطعومة ... أما مالك فقال في الذهب والفضة كقول الشافعي رضي الله عنه ، وقال في الأربعة العلة فيها كونها تدخر للقوت وتصلح له »[4]

المطلب الثالث : (السَّلَم)

تعريفه :

السَّلَم لغةً : «مأخوذ من الفعل أسلم . والسَّلَم - بالتحريك - السلف. وأسلم في الشيء وسلّم وأسلف بمعنى واحد ، يقال : أسلم وسلّم : إذا أسلف، وهو أن تعطي ذهباً وفضة في سلعة معلومة إلى أمد معلوم ، فكأنك قد أسلمت الثمن إلى صاحب السلعة وسلمته إليه »[5]

---

(١) انظر :- ابن جزي : القوانين الفقهية، ص٢٥٨ . (مرجع سابق)
- التسولي : البهجة ، ج٢ ص٢٤ . (مرجع سابق).

(٢) انظر :- الشافعي : الأم ، ج٣ ص١٥ . (مرجع سابق)
- الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص٢٢ . (مرجع سابق)
- النووي : شرح صحيح مسلم ، ج١١ ص٩ . (مرجع سابق) .

(٣) انظر النووي : شرح صحيح مسلم، ج١١ ص٩ . (مرجع سابق) .

(٤) المرجع السابق ، ج١١ ص٩ .

(٥) ابن منظور : لسان العرب ، ج٥ ص١٨٧ . (مرجع سابق) .

وأما السَّلَم اصطلاحاً : فقد اختلف جمهور الفقهاء مع المالكية في تعريفه .

فعرفه جمهور الفقهاء بتعريفات متقاربة[1] فحواها أنه :« عقد على موصوف في الذمة ببدل يعُطى عاجلاً»[2] .

أما المالكية فعرفوه بأنه « بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم»[3]

واختلاف جمهور الفقهاء مع المالكية في تعريف السلم هو تبع لاختلافهم في مدى اشتراط قبض رأس مال السلم قبل افتراق المتعاقدين.

فجمهور الفقهاء من الحنفية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] يرون أنه يشترط في صحة عقد السلم قبض رأس المال قبل الافتراق ، يقول «المرغيناني» : « ولا يصح السلم

---

(١) انظر التعريفات مفصلة في كتاب د. زكريا القضاه : السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية . دار الفكر ، عمان ، الطبعة الأولى ١٩٨٤، ص٢١-٢٣ . وسيشار له فيما بعد هكذا (زكريا القضاة : السلم والمضاربة) .

(٢) نزيه حماد : الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي ، ص١٢٩. (مرجع سابق) .

(٣) القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري : الجامع لأحكام القرآن . دار الكاتب العربي ، القاهرة ١٣٨٧هـ = ١٩٦٧م ، دون طبعة ، ج٣ ص٣٧٨ . وسيشار له فيما بعد هكذا (القرطبي : الجامع لأحكام القرآن) .

(٤) انظر :- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٥ ص٢٠٢ . (مرجع سابق)
- ابن عابدين : رد المحتار ، ج٥ ص٢١٦ . (مرجع سابق)
- المرغيناني : الهداية ، ج٣ ص٧٤-٧٥ . (مرجع سابق).

(٥) انظر :- الشافعي : الأم ، ج٣ ص٩٥ . (مرجع سابق)
- النووي : روضة الطالبين ، ج٤ ص٣ .(مرجع سابق) .

(٦) انظر :- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص٣٣٤ . (مرجع سابق)
- البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٣٠٤ . (مرجع سابق).

حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه»[1] ويقول «النووي» عند بيانه لشروط السلم:« الشـــرط الأول : تسليم رأس المال في المجلس»[2] . ويقـــول «ابن قدامة»:«الشرط السادس وهو أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد»[3]، فإن تفرقا قبل قبضه فسد العقد ، وهذا واضح في التعريف «...ببدل يعطى عاجلاً» ، ففيه« بيان لاشتراط قبض رأس مال السلم في المجلس احترازاً من بيع الدين بالدين»[4] .

أما المالكية فيرون أنه يشترط في صحة السلم قبض رأس المال قبل تفرق العاقدين أوبعده بمدة يسيرة كاليومين والثلاثة ، سواء أكان هذا التأخير بشرط أو بغير شرط ، يقول «ابن جزي» : «وأما الشروط التي ينفرد بها رأس المال فهو أن يكون نقداً، ويجوز تأخيره بغير شرط، ويجوز بشرط ثلاثة أيام ونحوها»[5] . وهذا واضح في التعريف «...بعين حاضرة أو ما هو في حكمها» ففيه «احتراز من اليومين والثلاثة ... لأنها قريبة من مجلس العقد[6] فإن تأخر قبضه أكثر من ذلك بطل العقد .

وقد استدل الجمهور على قولهم في اشتراط قبض رأس مال السلم بمجلس العقد بمايلي[7] :-

أولاً : إن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بإسلام رأس المال بقوله : « من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[8] والتسليف في

---

(١) المرغيناني : الهداية ، ج٣ ص٧٤ . (مرجع سابق) .

(٢) النووي : روضة الطالبين ، ج٤ ص٣ . (مرجع سابق) .

(٣) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص٣٣٤ . (مرجع سابق) .

(٤) زكريا القضاة : السلم والمضاربة ، ص٢٢ . (مرجع سابق) .

(٥) ابن جزي : القوانين الفقهية ، ص٢٧٤. (مرجع سابق)
وانظر : - الدردير : الشرح الصغير، ج٤ ص٢٦٢ .(مرجع سابق)
- والدسوقي : حاشية الدسوقي، ج٣ ص١٥. (مرجع سابق) .

(٦) زكريا القضاة : السلم والمضاربة ، ص٢٢ . (مرجع سابق) .

(٧) انظر زكريا القضاة : السلم والمضاربة ، ص٧٧ - ٧٨ . (مرجع سابق) .

(٨) البخاري : صحيح البخاري وبهامشه فتح الباري، ج٤ ص٤٢٩ . كتاب السلم، حديث رقم (٢٢٤٠) . (مرجع سابق) .

اللغة هو الإعطاء[1] فيكون معنى كلامه صلى الله عليه وسلم «فليعط». فإسلاف المال يقتضي تعجيله ، وأمر النبي صلى الله عليه وسلم للوجوب ، فيتعين وجوب تسليم رأس المال في المجلس .

ثانياً : إن الافتراق قبل قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين وهو لا يجوزلما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم «نهى عن بيع الكاليء بالكاليء»[2] أي النسيئة بالنسيئة فيكون فاسداً للنهي عنه[3]

ثالثاً : إن في السلم غرر احتمل للحاجة ، فلا يضم إليه غرر التأجيل في قبض رأس المال ، إذ زيادة الغرر في العقد تبطله .

رابعاً : إن في تأخير رأس المال منافاة للحكمة الظاهرة من مشروعية السلم، وهي تمكين من يحتاج إلى مال للنفقة على زروعه وأشجاره حتى تغل وتثمر ، فلا بد من تسليم رأس المال ليتمكن المسلم إليه من التصرف فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه إلى الأجل .

أما المالكية فاستدلوا على جواز تأخير قبض رأس مال السلم اليومين والثلاثة بخفة الأمر ، حيث علل «الدسوقي» هذا بقوله :«لخفة الأمر لأن ما يقارب الشيء يعطى حكمه»[4] أي لأن مدة الثلاثة أيام قريبة من مجلس العقد فيكون القبض فيها كالقبض في مجلس العقد ، فيكون حكمه حكم المقبوض قبل التفرق .

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من أن قبض رأس مال السلم في مجلس العقد شرط لصحته، نظراً لما ذكروه من أدلة .

« أما ما استدل به المالكية على جواز اشتراط تأخير رأس مال السلم ثلاثة أيام، من أن الثلاثة أيام قريبة من مجلس العقد ، وما قارب الشيء يعطى حكمه ... فيجاب عنه بأن مجلس العقد ينتهي حقيقة وحكماً بتفرق العاقدين، ولا يمكن إلحاق

---

(١) مجمع اللغة العربية المصري : المعجم الوسيط ، ج١ ص٤٤٤ . (مرجع سابق) .

(٢) الطحاوي ، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامه الازدي الطحاوي الحنفي (ت ٣٢١هـ): شرح معاني الآثار . دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م، ج٤ ص٢١ . وسيشار له فيما بعد (الطحاوي : شرح معاني الآثار).

(٣) انظر : الكاساني : بدائع الصنائع، ج٥ ص٢٠٢ . (مرجع سابق) .

(٤) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣ ص١٩٥ . (مرجع سابق) .

مدة به مهما كانت يسيرة»[1] ولو قلنا بقولهم «وإن ما قارب الشيء يعطى حكمه» لاقتضى ذلك أن نقول بجواز ربا النسيئة إذا كانت النسيئة يومين أو ثلاثة، وهذا مردود بأصول الشريعة وفروعها .

والمراد بالتفرق هو افتراق المتعاقدين بأبدانهما ، فلو قاما عن المجلس مصطحبين قليلاً أو كثيراً فليسا بمتفرقين، وكل ما يصدر منهما قبل الافتراق بأبدانهما له حكم مجلس العقد [2]

وفيما لو تفرق المتعاقدان قبل قبض بعض رأس مال السلم فهل يبطل العقد ؟ اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين :

القول الأول : قول جمهور الفقهاء من الحنفية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] حيث ذهبوا إلى أنه يبطل السلم فيما لم يقبض ، ويسقط بحصته من المسلم فيه، ويصح الباقي، يقول «ابن عابدين »: «فإن اسلم مائتي درهم في كُرّ [6] برّ حال كون المائتين مقسومة مائة دينار عليه أي على المسلم إليه ، ومائة نقداً نقدها رب السلم ، وافترقا على ذلك، فالسلم في حصة الدين باطلة لأنه دين بدين، وصح في حصة النقد »[7]، ويقول «البهوتي» :« فإن قبض المسلم إليه بعض

---

(١) زكريا القضاة : السلم والمضاربة ، ص٨٤ . (مرجع سابق) .

(٢) أنظر :- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٥ ص٢٠٣ . (مرجع سابق)
- وابن عابدين : رد المحتار ، ج٥ ص٢١٦ . (مرجع سابق)

(٣) انظر :- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٥ ص٢٠٤ . (مرجع سابق)
- ابن عابدين : رد المحتار ، ج٥ ص٢١٨ . (مرجع سابق).

(٤) انظر :- النووي : روضة الطالبين، ج٤ ص٣٠ (مرجع سابق)
- الشربيني : مغني المحتاج، ج٢ ص١٠٢ . (مرجع سابق).

(٥) انظر :- البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٣٠٤ . (مرجع سابق).
- ابن قدامة : المغني مع الشرح، ج٤ ص٣٣٤ . (مرجع سابق).

(٦) الكُرّ : ستون قفيزا ، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف عيني، أي (٧٢٠) صاعاً . (ابن عابدين : رد المحتار، ج٥ ص٢١٨) .

(٧) ابن عابدين : رد المحتار ، ج٥ ص٢١٨ . (مرجع سابق) .

رأس مال السلم قبل التفرق، ثم افترقا قبل قبض الباقي صح فيما قبض بقسطه ، وبطل فيما لم يقبض، لتفريق الصفقة»[1] .

القول الثاني : قول المالكية حيث ذهبوا إلى أنه يبطل السلم في الصفقة كلها لأن السلم عقد واحد وصفقة واحدة ، فكل عقد جمع فاسداً وجائزاً، فيكون كله فاسداً، لأن العقد لا يتبعض ، يقول «العدوي» :« (ويعجل رأس المال) يعني جميعه لأنه متى قبض البعض وأخّر البعض فسد، لأنه دين بدين»[2] .

والراجح هو قول الجمهور بأن الفساد إنما يكون في غير المقبوض من رأس المال، وبما يقابله من المسلم فيه ، ولا يشيع الفساد في الكل، إذ الفساد طاريء لأنه عرض بالافتراق قبل القبض ، والقبض شرط صحة ، فما قبض منه فهو صحيح .

المطلب الرابع : (إجارة الذمة)

تعريفها :

الإجارة والأجرة والأجر والكراء في اللغة بمعنى واحد وهي اسم للأجرة ، وهي كراء الأجير [3]

---

(١) البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٣٠٤ . (مرجع سابق) .

(٢) العدوي : حاشية العدوي ، ج٢ ص٤٣ . (مرجع سابق) .

(٣) أحمد بن فارس بن زكريا (ت ٧٧٠هـ) : معجم مقاييس اللغة ، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة ، الطبعة الأولى، ١٣٦٨هـ . مادة أجر وسيشار له فيما بعد هكذا (أحد بن فارس : معجم مقاييس اللغة) .
وانظر في كتب اللغة :
– ابن منظور : لسان العرب ، ج٤ ص١٠ . (مرجع سابق)
– الفيروزأبادي ، أبو طاهر محمد بن يعقوب الشيرازي (ت ٨١٧هـ) : القاموس المحيط . مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م ، ج١ ص٣٦٢ . وسيشار له فيما بعد هكذا (الفيروزأبادي : القاموس المحيط)

وأما الإجارة في الاصطلاح فقد عرفها الفقهاء بتعريفات متقاربة[1] فحواها أنها «عقد على منفعة مقصودة مباحة معلومة بعوض معلوم»[2] .

ويخص المالكية غالباً لفظ الإجارة بالعقد على منافع الآدمي وما يقبل الانتقال غير السفن والحيوان ، ويطلقون على العقد على منافع الأراضي والدور والسفن والحيوانات لفظ الكراء ، يقول «الحطاب» : «وقد خص تمليك منفعة الآدمي باسم الإجارة ، ومنافع المتملكات باسم الكراء»[3]. فقالوا الإجارة والكراء شيء واحد في المعنى [4]

والإجارة تنقسم باعتبار تعلق المنفعة المعقود عليها إلى قسمين : [5]

القسم الأول : (إجارة واردة على العين)

وفيها تكون المنفعة المعقود عليها متعلقة بتلك العين ، كما إذا استأجر شخص داراً أو أرضاً أو دابة معينة ليركبها أو شخصاً بعينه لخياطة ثوب وما شابه ذلك .

(١) عرفها «السرخسي» بأنها «عقد على المنفعة بعوض هو مال» . (السرخسي: المبسوط، ج١٥ ص١٧٤) . وعرفها «الدردير» بأنها « عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض » . (الدردير : الشرح الصغير، ج٤ ص٦). وعرفها «الرملي» الشهير بالشافعي الصغير بأنها «تمليك منفعة بعوض» (الرملي : نهاية المحتاج ، ج٥ ص٢٥٨) . وعرَّفها «ابن قدامة» بأنها « بيع المنافع » . (ابن قدامة : الكافي، ج٢ ص٣١٠).
وانظر في مصادر الفقه مايلي:
- الزيلعي : تبيين الحقائق، ج٥ ص٧٤ . (مرجع سابق)
- الدسوقي : حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٦ . (مرجع سابق)
- قليوبي وعميرة : حاشية قليوبي وعميرة، ج٣ ص٦٧. (مرجع سابق)
- البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٥٤٦ . (مرجع سابق)
- ابن النجار : منتهى الإرادات ، ج١ ص٤٧٦ . (مرجع سابق)

(٢) الشريف ، د. شرف بن علي : الإجارة الواردة على عمل الإنسان - دار الشروق ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٠هـ =١٩٨٠م ،ص٣٣ . وسيشار له فيما بعد هكذا (الشريف : الإجازة الواردة على عمل الإنسان) .

(٣) الحطاب : مواهب الجليل ، ج٥ ص٣٨٩ . (مرجع سابق) .

(٤) انظر :- الدردير : الشرح الصغير ، ج٤ ص٥ .(مرجع سابق)
- والدسوقي : حاشية الدسوقي ،ج٢ ص٢٥١ . (مرجع سابق) .

(٥) انظر في مصادر الفقه مايلي :
- الكاساني : بدائع الصنائع، ج٤ ص١٧٤ . (مرجع سابق)
- الحطاب : مواهب الجليل، ج٥ ص٣٩٥ . (مرجع سابق)
- الشربيني : مغني المحتاج، ج٢ ص٣٣٤ . (مرجع سابق)
- ابن قدامة : المقنع ، ج٢ ص٢٠٠ .(مرجع سابق)

وهذا النوع من الإجارة اتفق الفقهاء في أنه لا يشترط فيه قبض الأجرة في المجلس لصحة العقد أو لزومه أو انتقال الملكية فيه لأن إجارة العين كبيعها ، وبيع العين يصح بثمن حال أو مؤجل ، فكذلك الإجارة ، يقول «الرملي»[1] :«وإجارة العين الأجرة فيها كالثمن فحينئذ لا يشترط تسليم الأجرة فيها في المجلس»[2]

القسم الثاني : إجارة واردة على الذمة

وفيها تكون المنفعة المعقود عليها متعلقة بذمة المؤجر ، كما إذا استأجر شخص دابة موصوفة للركوب أو الحمل كأن يقول : أسلمت إليك هذا الدينار في دابة صفتها كذا تحملني إلى موضع كذا . وكما إذا قال : ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب أو بناء جدار فقبل [3]

وقد اختلف الفقهاء في وجوب تسليم الأجرة في إجارة الذمة في مجلس العقد على قولين :-

القول الأول: قول الحنفية والحنابلة حيث ذهبوا إلى أنه لا يجب تسليم الأجرة في إجارة الذمة في مجلس العقد ، بل يجوز أن تكون الأجرة حالّة ومؤجلة لإنها عوض في عقد معاوضة محضة ، فلم يجب تسليمها في مجلس العقد كما في الإجارة الواردة على الأعيان [4] ، يقول «ابن عابدين» :«واعلم أن الأجر لا يلزم بالعقد فلا يجب تسليمه به بل بتعجيله أو شرطه في الإجارة المنجزة، أما المضافة فلا تملك فيه الأجرة بشرط التعجيل إجماعاً»[5] . ويقول

---

(١) هو شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي (٩١٩هـ - ١٠٠٤هـ) فقيه الديار المصرية في عصره ، نسبته إلى الرملة (من قرى المنوفية بمصر) مولدة ووفاته بالقاهرة ، ولي إفتاء الشافعية، وصنف شروحاً وحواشي كثيرة منها (عمدة الرابح، وغاية البيان ، وغاية المرام ، ونهاية المحتاج) . (الزركلي : الأعلام، ج٦ ص٢٣٥) .

(٢) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي الشهير بالشافعي الصغير (ت ١٠٠٤هـ) : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، دون طبعة وتاريخ ، ج٥ ص٢٦٢ . وسيشار له فيما بعد هكذا (الرملي : نهاية المحتاج) . وأنظر مراجع هامش (٣).

(٣) انظر المراجع السابقة .

(٤) انظر في مصادر الفقه مايلي :
- ابن عابدين : رد المحتار ، ج٦ ص١٠ . (مرجع سابق)
- البهوتي : كشاف القناع، ج٤ ص٤١ . (مرجع سابق)
- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ،ج٦ ص١٦ . (مرجع سابق) .

(٥) ابن عابدين : رد المحتار ، ج٦ ص١٠ . (مرجع سابق) .

«البهوتي» :«ولا يجب تسليم أجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه المستأجر ... لأنه عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم العوض كالصداق والثمن»[1] .

القول الثاني : قول المالكية[2] والشافعية[3] حيث ذهبوا إلى أنه يشترط في إجارة الذمة تسليم الأجرة في مجلس العقد يقول «الرملي» : «ويشترط في إجارة الذمة تسليم الاجرة في المجلس كرأس مال السلم لأنها سلم في المنافع، فيمتنع فيها تأجيل الأجرة سواء أتأخر العمل فيها عن العقد أم لا »[4] ويقول «الحطاب»: «... الإجارة على شيء بعينه مثل نسج الغزل وخياطة الثوب على قسمين : مضمونة في ذمة الأجير، فلا تجوز إلا بتعجيل الأجر أو الشروع في العمل أو تعجيلهما »[5] ، لأن الأجرة بمثابة رأس المال في عقد السلم كأن يقول المستأجر أسلمت إليك ديناراً في جمل صفته كذا يحمل لي متاعي إلى جهة كذا . فتأخير الأجرة حينئذ من باب بيع الدين بالدين ، وهو منهي عنه .

وقد أجاز المالكية تأخير الأجرة إذا شرع المستأجر باستيفاء المنفعة لانتفاء الدين بالدين ، حيث قبض أوائل المنفعة كقبض أواخرها فارتفع المانع من التأخير، فقد ورد في كتاب «جواهر الإكليل» : «ووقعت الإجارة في منفعة مضمونة في ذمة المؤجر كإجارة على خياطة ثوب بدرهم، فيجب تعجيله تخلصا من ابتداء دين بدين إن لم يشرع العامل فيها أي المنفعة المضمونة ، فإن شرع فيها فلا يجب التعجيل لانتفاء الدين بالدين بناء على أن قبض الأول كقبض الآخر »[6]

---

(١) البهوتي : كشاف القناع ، ج٤ ص٤١ . (مرجع سابق) .

(٢) انظر :- الدسوقي : حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٣. (مرجع سابق).
- الحطاب : مواهب الجليل ، ج٥ ص٣٩٥ . (مرجع سابق).
- ابن جزي : القوانين الفقهية ، ص٢٨٠ . (مرجع سابق).

(٣) انظر : - الشيرازي : المهذب ، ج١ ص٣٩٩ . (مرجع سابق).
- الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص٣٣٤ . (مرجع سابق).
- الرملي : نهاية المحتاج ، ج٥ ص٢٦٢ . (مرجع سابق) .

(٤) الرملي : نهاية المحتاج ،ج٥ ص٢٦٢ . (مرجع سابق) .

(٥) الحطاب : مواهب الجليل ، ج٥ ص٣٩٥ . (مرجع سابق) .

(٦) الأزهري ،صالح عبد السميع الأبي الازهري : جواهر الإكليل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل ، دار الفكر، بيروت ، دون طبعة وتاريخ ، ج٢ ص١٨٥ . وسيشار له فيما بعد هكذا (الأزهري : جواهر الإكليل) .

وبالنظر في هذه الأقوال نلاحظ أن سبب الاختلاف فيها إنما هو ناشيء عن تباين وجهات نظر الفقهاء في فهم طبيعة هذا العقد ، وهل هو أقوى شبهاً بإجارة الأعيان منه في السلم حتى يسري على القبض فيه حكم قبض الأجرة فيها ؟ أم هو أشبه بالسلم من إجارة الأعيان فيسري على القبض فيه حكم قبض رأس مال السلم؟

فمال الشافعية والمالكية إلى أن إجارة الذمة هي سلم في المنافع[1] يقول «الرملي» : «ويشترط في إجارة الذمة تسليم الأجرة في المجلس كرأس مال السلم لأنها سلم في المنافع »[2] لأنها تشترك مع عقد السلم في أن محل الالتزام في كل منهما هو الذمة، فينبغي أن يسري عليها حكم السلم بوجوب تعجيل رأس المال.

وقد رأينا في السلم أن الشافعية اشترطوا في صحة قبض رأس المال قبل التفرق بالأبدان ، لذلك اشترطوا في صحة إجارة الذمة أيضاً قبض الأجرة قبل تفرق العاقدين بأبدانهما .

أما المالكية فقد اعتبروا تأخير رأس مال السلم اليومين والثلاثة في حكم تعجيله[3] لذلك قالوا في إجارة الذمة إن مثل هذا التأخير له حكم التعجيل .

وباعتبار أن سبب وجوب تعجيل رأس المال في المقيس عليه وهو السلم هو البعد عن الدين بالدين وتعمير الذمتين تسامح المالكية في إيجاب تعجيل الأجرة في المقيس إذا شرع المستأجر في استيفاء المنفعة كما لو ركب المستأجر الدابة الموصوفة في طريقه إلى المكان المشترط أن تحمله إليه لانتفاء سبب وجوب التعجيل فيه، لأن قبض الأوائل كقبض الأواخر .

أما الحنفية والحنابلة فقد اعتبروا إجارة الذمة أقوى شبهاً بإجارة الأعيان، لأن كلاً منهما تمليك لمنافع معلومة بعوض معلوم فكان لها حكمها ، وهو عدم وجوبتعجيل الأجرة [4].

---

(١) انظر في كتب الفقه ما يلي :
- الدسوقي : حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٣ . (مرجع سابق)
- ابن جزي : القوانين الفقهية ، ص٢٨٠ . (مرجع سابق)
- الأزهري : جواهر الإكليل ، ج٢ ص١٨٥ . (مرجع سابق)

(٢) الرملي : نهاية المحتاج ، ج٥ ص٢٦٢ . (مرجع سابق) .

(٣) انظر ص(٧٩) من هذا البحث .

(٤) انظر :- ابن عابدين : رد المحتار ، ج٦ ص١٠ .(مرجع سابق)
- البهوتي : كشاف القناع ،ج٤ ص٤١ . (مرجع سابق) .

وإنني أميل لما ذهب إليه الشافعية من اشتراط تعجيل الأجرة قبل تفرق العاقدين ، وذلك لسببين :-

السبب الأول : إن في تأجيل الأجرة افتراقاً عن دين بدين ، وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الدين بالدين [1] وهذا الأمر غير متحقق في إجارة الأعيان .

السبب الثاني: إن في تأخير الأجرة شغلاً للذمتين مما يؤدي إلى توجه المطالبة من الجهتين، الأمر الذي قد يسبب كثرة التخاصم والنزاع ، ومعلوم أن الشارع الحكيم يقصد رفع أسباب الخصومات والاختلافات في المعاملات ، لهذا كان في اشتراط تعجيل الأجرة تحقيق لأغراض الشارع ومقاصده ، وهذا السبب منتفٍ في اجارة الأعيان .

أما اعتبار المالكية تأخير الأجرة يومين أو ثلاثة أيام في حكم تعجيلها كما في السلم فغير مسلّم لأنه في الحقيقة ضرب من ضروب تأجيل الأجرة ، وقد بينا عدم أولويتة في السلم [2]

وأما قول المالكية بعدم وجوب تعجيل الأجرة إذا شرع المستأجر باستيفاء المنفعة لانتفاء الدين بالدين ففيه وجهة نظر معتبرة لأن سبب الوجوب قد زال فيزول المسبب .

المطلب الخامس : (المضاربة)

تعريفها :

المضاربة لغة على وزن مفاعلة ، مشتقة من الفعل ضرب وهو يأتي على معان منها : ضرب بمعنى سار وسافر ، وضرب بمعنى كسب وطلب[3]

---

(١) الطحاوي : شرح معاني الاثار ، ج٤ ص٢١ . (مرجع سابق) .

(٢) انظر ص(٨٠) من هذا البحث .

(٣) انظر في كتب اللغة مايلي :
- ابن منظور : لسان العرب ، ج٢ ص٣٢ . (مرجع سابق)
- مجمع اللغة العربية المصري : المعجم الوسيط ، ج١ ص٥٣٦ . (مرجع سابق) .

وأما المضاربة اصطلاحاً : فقد عرفها الفقهاء بتعريفات مختلفة لكنها متقاربة [1] نختار منها تعريف «التمرتاشي»[2] حيث عرفها بقوله « عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب »[3]

وللمضاربة عدة أسماء ، فأهل العراق يسمونها مضاربة من الضرب في الأرض وهو السير فيها والسعي على التجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال .وأهل الحجاز يسمونها قراضاً من القرض وهو القطع ، فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل واقتطع له قطعة من الربح [4]

وقد اشترط جمهور الفقهاء من الحنفية[5] والمالكية[6] والشافعية[7] في المضاربة أن يخلي رب المال بين المضارب ورأس مال المضاربة بحيث يمكّنه من التصرف فيه يقول «الكاساني» عند بيانه لشروط المضاربة «ومنها تسليم رأس المال إلى المضارب لأنه أمانة فلا يصح إلا بالتسليم وهو التخلية ...»[8] وورد في كتاب المدونة

---

(١) للاطلاع على تعريفات الفقهاء مفصلة ، أنظر زكريا القضاة : السلم والمضاربة ، ص١٥٨-١٦٠ .(مرجع سابق).

(٢) هو شمس الدين محمد بن عبدالله بن أحمد الخطيب العمري التمرتاشي الحنفي (٩٣٩هـ -١٠٠٤هـ) شيخ الحنفية في عصره، من أهل غزة ، مولده ووفاته فيها ، من كتبه (تنوير الأبصار ، ومنح الغفار ، ومسعف الحكام على الأحكام) وغيرها الكثير . (الزركلي : الأعلام ، ج٧ ص١١٧) .

(٣) التمرتاشي ، محمد بن عبدالله بن أحمد (ت ١٠٠٤هـ) : تنوير الأبصار مطبوع مع حاشية ابن عابدين المسماة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار .مطبعة مصطفى البابي ، مصر ، الطبعة الثانية ١٩٦٦م ، ج٥ ص٦٤٥ . وسيشار له فيما بعد هكذا (التمرتاشي : تنوير الأبصار) .

(٤) زكريا القضاة : السلم والمضاربة ، ص١٦٢-١٦٣ . (مرجع سابق) .
وانظر الدسوقي : حاشية الدسوقي، ج٣ ص٥١٧ . (مرجع سابق)

(٥) انظر :- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص٨٤ . (مرجع سابق).
- ابن عابدين : رد المحتار ، ج٦ ص٢٨٣ . (مرجع سابق).

(٦) انظر : - الإمام مالك : المدونة الكبرى ، ج٤ ص٥٩ . (مرجع سابق).
- الدردير : الشرح الكبير ، ج٣ ص٥٢٠ . (مرجع سابق).

(٧) انظر : - الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص٣١٠ . (مرجع سابق) .

(٨) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص٨٤ . (مرجع سابق) .

الكبرى للإمام «مالك» : «قلت هل يجوز لرب المال أن يحبسه عنده ويقول للعامل اذهب واشتر وأنا أنقد عنك ، واقبض أنت السلعة ... ؟ قال لا يجوز هذا القراض عند مالك ، وإنما القراض عند مالك أن يسلم المال إليه »[1] ، ويقول «الشربيني» : « ويشترط لصحته (أي عقد المضاربة) كون المال دراهم أو دنانير خالصة ... ومسلماً إلى العامل فلا يجوز كون المال في يد المالك »[2] فالمضاربة تقتضي أن يتصرف المضارب في رأس مالها كي يتمكن من تحقيق الربح الذي هو الهدف والمقصود من هذا العقد ، وليس المراد اشتراط تسليم المال إلى المضارب حال العقد أو في مجلسه بحيث يفسد العقد إن لم يتم قبضه في مجلس العقد - كما تقدم في رأس مال السلم - بل استقلال المضارب في حيازة رأس المال بحيث يخرج من حيازة صاحبه وتنقطع عنه يده ويتم ذلك بمناولته للمضارب أو بالتخلية بينه وبين رأس المال « لأن ذلك من مقتضى العقد ، وإن أي شرط يخالف ذلك يفسد المضاربة لأنه ينافي مقتضاها ويجعلها عقداً صورياً لا فائدة له ولا ثمرة »[3]

أما الحنابلة فيرون أنه لا يشترط التسليم الفعلي لرأس مال المضاربة ، بل يكفي أن يفوض رب المال التصرف للمضارب في رأس المال ، وتصح المضاربة ولو شرط رب المال أن يبقى المال معه أو أن يضعه عند أمين يقول «ابن قدامة» : «وقولهم -إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل-ممنوع ، إنما تقتضي إطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه ، وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل، ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولو لم يحصل تسليم المال إلى أحدهما »[4]

واستدل الجمهور على رأيهم بمايلي :

أولاً : إن رأس مال المضاربة أمانة عند المضارب ، والأمانة لا تتم إلا بالتسليم[5]

ثانياً : إن عدم تسليم رأس المال إلى المضارب يؤدي إلى التضييق عليه والحد من تصرفاته إذ قد تعرض له صفقة يتوخى فيها الربح ، فلا يجد رب المال ليوفي الثمن مما يفوت عليه تلك الصفقة [6] .

---

(١) مالك : المدونة الكبرى ، ج٤ ص٥٩ . (مرجع سابق) .

(٢) الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص٣١٠ . (مرجع سابق) .

(٣) زكريا القضاة : السلم والمضاربة ، ص٢١٨ . (مرجع سابق) .

(٤) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ج٥ ص١٣٨ . (مرجع سابق) .

(٥) انظر :- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص٨٤ . (مرجع سابق)
- وابن عابدين : رد المحتار ، ج٦ ص٢٨٣ . (مرجع سابق) .

(٦) انظر : - الدردير : الشرح الكبير ، ج٣ ص٥٢٠ . (مرجع سابق) .

واستدل الحنابلة على رأيهم بأن مورد عقد المضاربة هو عمل المضارب يقول «البهوتي» :«لأن مورد العقد (عقد المضاربة) العمل »[1]، ورأس المال وسيلة للعمل لا غير ، والعمل يتحقق ولو كان المال بيد ربه لأن المضارب يكون مأذوناً بالشراء في حدود رأس المال فكلما اشترى شيئاً للمضاربة وجب على رب المال دفع ثمنه من المال المخصص لها فظهر أن مقتضى عقد المضاربة هو تمكين المضارب من التصرف في رأس مالها ، لا حقيقة تسليمه إليه ، وبالتالي يجوز اشتراط بقاء رأس المال مع ربه أو مع أمين يتفقان عليه ، لأن هذا الشرط لا يمنع المضارب من العمل[2] .

«ويمكن الرد على استدلال الحنابلة (من أن مورد عقد المضاربة هو العمل ، والمال هو وسيلة لا غير) بنفي ذلك . إذ إن المال في المضاربة محل للعقد ، فهو مورد للعقد كالعمل ، وإذا كان الأمر كذلك وجب أن يسلم إلى المضارب كي يتمكن من العمل وتحقيق الربح . إذ إن في منعه من حيازة رأس المال منافاة لوضعه كأمين ، فكيف يكون مضارباً - والمضارب أمين - ... ورب المال لا يأتمنه على مال المضاربة الذي ولاه التصرف فيه ؟ بل وكيف يكون مؤتمنا على شيء غير موجود في حيازته»[3]

فالراجح ما ذهب إليه الجمهور لسلامة أدلتهم وقوتها.

المطلب السادس : (المزارعة)

تعريفها :

المزارعة لغة : مصدر زارع ، نقول : زرع الحب زرعاً أي بذره ، وهي طريقة لاستغلال الأراضي الزراعية باشتراك المالك والزراع في الاستغلال ويقسم الناتج بينهما بنسبة يعينها العقد أو العرف[4]

(١) البهوتي ، منصور بن يونس (ت١٠٥١): شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ، المكتبة السلفية السعودية ، دون طبعة وتاريخ ، ج٢ ص٣٢٧ . وسيشار له فيما بعد هكذا (البهوتي : شرح منتهى الإرادات) .

(٢) انظر : ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٥ ص١٣٨. (مرجع سابق) .

(٣) زكريا القضاة : السلم والمضاربة ، ص٢٢١ . (مرجع سابق) .

(٤) انظر في كتب اللغة مايلي :
- ابن منظور : لسان العرب ، ج٨ ص١٤١ . (مرجع سابق)
- مجمع اللغة العربية المصري : المعجم الوسيط ، ج١ ص٣٩٢ . (مرجع سابق) .

وأما المزارعة اصطلاحاً : فقد تعددت تعريفات الفقهاء لعقد المزارعة ، ولكنها متقاربة إلى حد ما [1] ويتفق معها تعريف القانون المدني الأردني حيث عرف المزارعة في المادة (٧٢٣) التي نصت على أن «المزارعة هي عقد استثمار أرض زراعية بين صاحب الأرض وآخر يعمل في استثمارها على أن يكون المحصول مشتركاً بينهما بالحصص التي يتفقان عليها » .

فهي «نوع شركة على كون الأراضي من طرف والعمل من طرف آخر، أي أن تزرع الأراضي وتكون الحاصلات بينهما »[2] .

وقد بين فقهاء الحنفية أنه يشترط في صحة المزارعة تمكين العامل من الاستقلال بالأرض المراد زراعتها ، بحيث يستطيع أن يمارس مهامه على خير وجه ، ولو اشترط في العقد وجوب عمل مالك الارض مع العامل لا يصح لفقدان شرط التخلية، يقول «المرغيناني» : «(والشرط) السادس أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد لفوات التخلية»[3] ولم أعثر على قول لغيرهم من الفقهاء حول هذا الموضوع .

---

(١) عرّفها الحنفية بأنها «عقد على الزرع ببعض الخارج » . (ابن قودر، شمس الدين أحمد : نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار . وهي تكملة فتح القدير لابن الهمام ، مطبعة مصطفى البابي ، مصر ، الطبعة الاولى . ١٣٨٩هـ = ١٩٧٠م ، ج٥ ص٤٦٥ . وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن قودر : نتائج الأفكار)). وعرفها المالكية بانها «الشركة في الزرع» . (الدردير : الشرح الصغير ، ج٣ ص٤٩٢ . وعرفها الشافعية بأنها « المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من المالك» .(النووي : روضة الطالبين ، ج٥ ص١٦٨) . وعرفها الحنابلة بأنها «دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه ، أو مزروع ليعمل عليه بجزء مشاع معلوم من المتحصل» . (ابن النجار : منتهى الإرادات ، ج١ ص٧٤١) .
وانظر في مصادر الفقه مايلي :
- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٧٥ . (مرجع سابق)
- التسولي : البهجة ، ج٢ ص٢٠٣. (مرجع سابق)
- تقي الدين أبو بكر محمد الدمشقي الشافعي : كفاية الأخيار ، دار الفكر، عمان دون طبعة وتاريخ ، ج١ ص٢٥٥ . وسيشار له فيما بعد هكذا (تقي الدين : كفاية الاخيار .
- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٥ ص٥٨١ . (مرجع سابق) .

(٢) علي حيدر : درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، ج٢ ص٤٩١ المادة (٤٩١) . (مرجع سابق) .

(٣) المرغيناني : الهداية ، ج٤ ص٥٤ . (مرجع سابق)
وانظر الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٧٨ . (مرجع سابق) .

المطلب السابع :(المساقاة)

تعريفها :

المساقاة لغة : مصدر سقى ، وهي مفاعلة من السقي ، وهي بضم الميم من سقي الزرع إذا صب عليه الماء ، وهي أن يدفع الرجل شجرة إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر مايحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره[1]

وأما المساقاة اصطلاحاً : فكما تعددت تعريفات الفقهاء في المزارعة ، كذلك تعددت تعريفاتهم في المساقاة ، وجميعها تصب في قناة واحدة[2] ويتفق معها تعريف القانون المدني الأردني حيث عرف المساقاة في المادة (٧٣٦) بأنها «عقد شركة على استغلال الأشجار والكروم بين صاحبها وآخر يقوم على تربيتها واصلاحها بحصة معلومة من ثمرها »

فهي «نوع شركة على أن تكون الأشجار من طرف والتربية من طرف آخر ، وان يقسم الثمر الحاصل بينهما »[3]

---

(١) محمد قلعجي وحامد قنيي : معجم لغة الفقهاء .دار النفائس ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٨٥م ، ص٤٢٥ . وسيشار له فيما بعد هكذا (قلعجي : معجم لغة الفقهاء)
وانظر في كتب اللغة مايلي :
- ابن منظور : لسان العرب ، ج١٤ ص٣٩٤ . (مرجع سابق)
- مجمع اللغة العربية المصري : المعجم الوسيط ، ج١ ص٤٣٧ . (مرجع سابق) .

(٢) عرفها الحنفية بأنها «العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر شروط الجواز » . (الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٨٥) . وعرفها المالكية بأنها «عمل الحائط على جزء من ثمره» . (الرهوني : حاشية الرهوني ، ج٦ ص٣٤٣) . وعرفها الشافعية بأنها «أن يعامل إنسان إنساناً على شجرة ليتعهدها بالسقي والتربية على أن ما رزق الله تعالى من الثمرة يكون بينهما » . (النووي : روضة الطالبين ، ج٥ ص١٥٠) . وعرفها الحنابلة بأنها «دفع شجر مغروس معلوم له ثمر مأكول لمن يعمل عليه بجزء مشاع معلوم من ثمرة» . (ابن النجار : منتهى الإرادات ، ج١ ص٧٤١) .
وانظر في مصادر الفقه مايلي :
- المرغيناني : الهداية ، ج٤ ص٥٩ . (مرجع سابق)
- الدردير : الشرح الصغير ، ج٣ ص٧١٢ . (مرجع سابق)
- الشربيني :مغني المحتاج ، ج٢ ص٣٢٧ . (مرجع سابق)
- البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٥٣٢ . (مرجع سابق).

(٣) علي حيدر : دور الحكام شرح مجلة الأحكام ، ج٢ ص٥٠٤ ، المادة (١٤٤١). (مرجع سابق) .

وقد اشترط الحنفية والشافعية لصحة عقد المساقاة التخلية التامة بين العامل والشجر[1] ، يقول «الكاساني» : «ومنها (أي شروط المساقاة) التسليم إلى العامل (أي تسليم الأرض) وهو التخلية ، حتى لو شرط العمل عليهما فسدت لانعدام التخلية»[2] ويقول «الشربيني» :« ويشترط أيضاً أن ينفرد (العامل) باليد في الحديقة ليتمكن من العمل متى شاء ، فلو شرط كونها في يد المالك أو بيدهما لم يصح»[3] ، وذلك حتى يستطيع العامل أن يقوم بعمله خير قيام . إذ يحتاج الشجر إلى السقي والتربية والقص واجتثاث الأعشاب الضارة وما إلى ذلك من خدمات .

ولو اشترط في العقد كون الأشجار في يد المالك أو مشاركته في اليد لم يصح العقد لعدم حصول التخلية . ولم أعثر على قول لغيرهم من الفقهاء حول هذا الموضوع.

---

(١) انظر في مصادر الفقه مايلي :
- ابن قودر : نتائج الأفكار ، ج٥ ص٤٦٥ . (مرجع سابق)
- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٨٦ . (مرجع سابق)
- النووي : روضة الطالبين ، ج٥ ص١٥٥ . (مرجع سابق)
- الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص٣٢٧ . (مرجع سابق) .

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٨٦ . (مرجع سابق) .

(٣) الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص٣٢٧ . (مرجع سابق) .

المبحث الثالث : (عقود تشترط الحيازة في لزومها)

سنتكلم في هذا المبحث عن العقود التي يشترط القبض في لزومها . وهي محصورة في أربعة عقود نفرد لكل عقد منها مطلباً نتحدث فيه عن آراء الفقهاء وأدلتهم حول هذا الموضوع ، لذلك يقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب :

المطلب الأول : الهبة
المطلب الثاني : الوقف
المطلب الثالث : القرض
المطلب الرابع : الرهن

المطلب الأول :(الهبة)

الحديث هنا عن الهبة كعقد يلزم بتحقق القبض الذي هو الحيازة، وقد سبق تعريف الهبة [1] هذا وقد اختلف الفقهاء في القبض في الهبة هل هو شرط لزوم أو شرط تمام على قولين :

القول الأول : (يشترط القبض في لزوم الهبة، ويكون للواهب قبل القبض الرجوع فيها، فإذا قبضها الموهوب له لزمت) .

وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] يقول «النووي»: «وأما شرط لزوم الهبة فهو القبض ، فلا يحصل الملك في الموهوب والهدية إلا بقبضهما، هذا هو المشهور»[5] . ويقول «ابن قدامة» : «فلا تلزم الهبة إلا بالقبض... وهو قول أكثر الفقهاء»[6] .

---

(١) انظر ص (٤٨) من هذا البحث .

(٢) انظر :- السرخسي : المبسوط ، ج١٢ ص٤٨ . (مرجع سابق).
- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٢٣ . (مرجع سابق).
- ابن عابدين : رد المحتار ، ج٦ ص٤٧٩ . (مرجع سابق).

(٣) انظر :- الشافعي : الأم ، ج٤ ص٦٤ . (مرجع سابق)
- النووي : روضة الطالبين ، ج٥ ص٣٧٥ . (مرجع سابق)
- والسيوطي، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ) : الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأخيرة، ١٣٧٨هـ = ١٩٥٩م ، ص٢٨٠-٢٨١ . وسيشار له فيما بعد هكذا (السيوطي : الأشباه والنظائر) .

(٤) انظر :- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٦ ص٢٤٦ . (مرجع سابق).
- ابن النجار : منتهى الإرادات ، ج٢ ص٢٣ . (مرجع سابق).
- البهوتي : كشاف القناع ، ج٤ ص٢٥٣ . (مرجع سابق) .

(٥) النووي : روضة الطالبين ، ج٥ ص٣٧٥ . (مرجع سابق) .

(٦) ابن قدامة : الشرح الكبير، ج٣ ص٤٢٥ . (مرجع سابق) .

لكنهم اختلفوا في حكم العقد إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض :
فقال الحنفية والشافعية - في قول - : تبطل الهبة بموت الواهب أو الموهوب له قبل القبض، يقول «السرخسي» : «فإن مات أحدهما إما الواهب وإما الموهوب له قبل التسليم بطلت الهبة لأن تمام الهبة بالقبض»[1].

وقال الشافعية في المشهور : إن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض لم ينفسخ العقد لأنه يؤول إلى اللزوم، ويقوم الوارث مقام مورثه ، فإن مات الواهب تخيّر وارثه في الإقباض . وإن مات الموهوب له قبض وارثه إن أقبضه الواهب . يقول «النووي» : «ولو مات الواهب أو الموهوب له بعد العقد وقبل القبض فوجهان أصحهما : لا ينفسخ لأنه يؤول إلى اللزوم»[2] .

وقال الحنابلة : «إذا مات الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة، أما إذا مات الواهب فلا تبطل الهبة، ويقوم وارثه مقامه في الإقباض أو الرجوع عن الهبة» . يقول «ابن النجار» :« وتبطل بموت أحدهما، وإن مات واهبٌ فوارثه مقامه في إذن أو رجوع»[3]

وقد استدل الجمهور على اشتراط القبض في لزوم الهبة بمايلي :

أولاً: بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لأم سلمة : «إني أهديت إلى النجاشي أواقاً من مسك وحلة ، وإني لا أراه إلا قد مات ، ولا أرى الهدية التي أهديت إليه إلا سترد، فإذا ردت إلي فهي لك ... فكان ذلك »[4].

---

(١) السرخسي : المبسوط، ج١٢ ص٤٨ . (مرجع سابق)
وانظر :- الشافعي : الأم ، ج٤ ص٦٤ . (مرجع سابق) .

(٢) النووي : روضة الطالبين ، ج٥ ص٣٧٥ . (مرجع سابق)
وانظر :- الشافعي : الأم ، ج٤ ص٦٤ . (مرجع سابق) .

(٣) ابن النجار : منتهى الإرادات ، ج٢ ص٢٣ . (مرجع سابق)
وانظر :- ابن قدامة : الشرح الكبير، ج٣ ص٤٢٧ . (مرجع سابق) .

(٤) رواه الحاكم وصححه الذهبي . انظر : أبو عبدالله الحاكم النيسابوري (ت ٤٠٥ هـ): المستدرك على الصحيحين، وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي . دار المعرفة ، بيروت ، دون طبعة وتاريخ ، كتاب النكاح ، ج٢ ص١٨٨ . وسيشار له فيما بعد هكذا (الحاكم : المستدرك) .

ثانيا : وبما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : «يقول ابن آدم مالي مالي... وهل لك من مالك إلا ما تصدقت فأمضيت، أو أكلت فأفنيت ، أو لبست فأبليت»[1] فقد شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصدقة الإمضاء، والإمضاء هو الإقباض[2] .

ثالثاً: وبما روي عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر نحلها جذاذ عشرين وسقاً من مال بالغابة - ولم تقبضه - فلما حضرته الوفاة قال لها « ... ولو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك ، وإنما هو اليوم مال الوارث»[3] فدل ذلك أن الحيازة شرط في لزوم الهبة .

رابعاً : وبما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال :«من نحل نحلة لم يحزها الذي نحلها حتى تكون إن مات لوارثه فهي باطلة»[4]

خامساً: وبما روي عن أبي بكر الصديق وعمر، وعثمان، وابن عمر، وابن عباس أنهم قالوا :«لا تجوز الهبة حتى تقبض»[5]

القول الثاني : (الهبة تنعقد وتلزم بالايجاب والقبول لكنها لا تتم إلا بالقبض ، ويجبر الواهب على إقباضها).

وهذا قول المالكية حيث ورد في كتاب «أسهل المدارك» :« فتصح (أي الهبة) بالقول وتتم بالقبض، ويجبر على الدفع، يعني أن صحة الهبة لا تكون إلا بالقبض،

(١) رواه الترمذي وقال عنه حديث حسن صحيح .
انظر : الترمذي : الجامع الصحيح - سنن الترمذي - كتاب الزهد ، باب رقم (٣١) ، حديث رقم (٢٣٤٢) ، ج٤ ص٥٧٢ .(مرجع سابق).

(٢) انظر الحافظ أبو العلى محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري (ت ١٣٥٣هـ) : تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي دار الفكر، ببيروت، الطبعة الثالثة ١٣٩٩هـ = ١٩٧٩م ، ج٧ ص٦ . وسيشار له فيما بعد هكذا (أبو العلى: تحفة الأحوذي).

(٣) رواه البيهقي :
انظر : ابو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ) السنن الكبرى، دار الفكر ، بيروت . دون طبعة وتاريخ كتاب الهبات ، باب شرط القبض في الهبة، ج٦ ص١٧٠ . وسيشار له فيما بعد هكذا (البيهقي : السنن الكبرى) .

(٤) رواه البيهقي :أنظر :-
البيهقي : السنن الكبرى ، ج٦ ص١٧٠ . (مرجع سابق) .

(٥) أخرج نحوه البيهقي . انظر المرجع السابق .

ويجبر الواهب على دفعها إن امتنع عن دفعها »[1]. وإذا مات الواهب قبل القبض بطلت الهبة وكانت ميراثاً ، أما إذا مات الموهوب له قبل القبض فلا تبطل ، ويكون لورثته أن يطالبوا الواهب بها لأنها صارت حقاً لمورثهم قبل موته[2] .

واستدلوا على انعقاد الهبة ولزومها بمجرد القول بالكتاب والسنة والقياس .

أما الكتاب : فقوله تعالى « *أَوْفُوا بِالْعُقُود* »[3] وقوله تعالى «*ولا تُبْطِلُوا أعْمَالَكُم*»[4] .

أما السنة : فقوله صلى الله عليه وسلم : «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»[5] .

وأما القياس : فلأن الهبة عقد ، فلم يفتقر في لزومه إلى قبض المعقود عليه كالبيع [6] ، إذ كلاهما عقد ناقل للملكية .

واستدلوا على اشتراط القبض لتمام الهبة بمايلي :
أولاً : بما روي عن عائشة رضي عنها أن أبا بكر نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله ،

---

(١) الكشناوي : أسهل المدارك ، ج٣ ص٨٨ . (مرجع سابق) .

(٢) انظر :- ابن جزي : القوانين الفقهية ، ص٣٧٣ (مرجع سابق)
- والدسوقي : حاشية الدسوقي، ج٤ ص١٠١ . (مرجع سابق)

(٣) سورة المائدة آية رقم (١) .

(٤) سورة محمد آية رقم (٣٣)

(٥) رواه الشيخان . انظر :
- البخاري : صحيح البخاري وبهامشه فتح الباري، كتاب الهبة، باب رقم ١٤ حديث رقم ٢٥٨٩ ج٥ ص٢١٦ . (مرجع سابق).
- والإمام مسلم :صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب الهبة ، باب كراهية الرجوع في الصدقة والهبة، حديث رقم (١٦٢٢) ص٦٥ .(مرجع سابق) .

(٦) ابن جزي : القوانين الفقهية ، ص٣٧٤ . (مرجع سابق) .

ولم تقبضه ، فلما حضرته الوفاة قال لها : لو كنت جذذتيه واحتزتيه لكان لك وإنما اليوم هو مال الوارث»[1]

فهذا يقتضي أن يكون القبض شرطاً في تمام الهبة لأنها لما لم تَحُز ما وهبها في حياته لم تتم الهبة .

ثانياً: بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال :« مَنْ نَحَلَ نِحْلَةً لم يَحُزْها الذي نُحِلَها حتى تكون إن مات لوارثه، فهي باطلة »[2]

ثالثاً: وبما روي عن أبي بكر وعمر وعثمان وابن عمر وابن عباس أنهم قالوا : «لا تجوز الهبة حتى تقبض»[3]

وبالتأمل في هذه الأقوال وأدلتها تبدو لنا عدة أمور هامة هي :-

الأول : إنها اتفقت على أن الهبة تنعقد وتصح بدون قبض لقوله تعالى : «***أوفوا بالعقود***» . إذ الهبة أحد العقود ، والقبض هو الوفاء بها ، فلو لم تكن الهبة صحيحة قبل القبض لما أمر بالوفاء بها .

الثاني: إن استدلال المالكية على لزوم الهبة بدون قبض بقياس الهبة على البيع ـ من حيث لزومه – بمجرد العقد دون توقف على قبض بجامع أن كلاً من الهبة والبيع عقد ناقل للملكية ، لا محل له لأنه قياس مع الفارق، إذ البيع عقد معاوضة ينقل الملكية بعوض، والهبة عقد إحسان وتبرع ينقل الملكية مجاناً بدون عوض، ولكل من المعاوضة والتبرع طبيعة وأحكام خاصة، فافترقا .

الثالث: إن استدلال المالكية بحديث «الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه» على لزوم الهبة بالقول دون توقف على القبض . غير مسلّم لأن الحديث لا يدل على ذلك ، وهو مجرد تنفير من الرجوع في الهبة قبل أن تقبض ، لأنها قد انعقدت وإن كانت غير لازمة .

الرابع:إن ما استدل به المالكية على أن القبض شرط في تمام الهبة من خبر نحلة أبي بكر لعائشة، وما روي عن عمر وعثمان وغيرهما من الأخبار هو نفسه

(١) سبق توثيقه . انظر ص (٥١) من هذه الرسالة .

(٢) البيهقي : السنن الكبرى ، ج٦ ص١٧٠ . (مرجع سابق)

(٣) المرجع السابق ، ج٦ ص١٧٠ .

استدل به الجمهور على أن القبض شرط في لزوم الهبة مع ما روي عنه صلى الله عليه وسلم من هديته للنجاشي وقوله « .. أو تصدقت فأمضيت » .

ولو أمعنا النظر في هذه النصوص المُستدَل بها كلها لوجدناها جميعها تدل على أن القبض شرط في الهبة ، ولكن ليس فيها ما يرجح كونه شرط لزوم أو شرط تمام. وإنّ فَهْمَ المالكية لها على أنها تدل على كونه شرط تمام . وفَهْمَ الجمهور لها على أنها تدل على كونه شرط لزوم هما فهمان لا تقوم على واحد منهما حجة في هذه النصوص .

لكن سبق أن تقرر لدينا أن العين الموهوبة لا تنتقل ملكيتها إلى الموهوب له إلا بعد قبض الهبة ، وأنها قبل القبض تبقى على ملك الواهب [1] وهذا يدل على أن للواهب الحق في الرجوع عن الهبة قبل إقباضها لأن الموهب لا يزال على ملكه، وتحت يده ، وأن رجوعه إنما هو رجوع عن تمليك شيء لا يزال تحت ملكه ويده فكان له ذلك فكانت الهبة غير لازمة قبل القبض ، وهذا بخلاف البيع فإن المبيع ينتقل إلى ملك المشتري قبل القبض .

والهبة عقد تبرع فلو لزمت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم وإجباره عليه ، وهذا ممنوع لأنه من موجبات عقد المعاوضة [2] لذلك أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من أن القبض هو شرط للزوم الهبة .

---

(١) انظر ص (٥٢) من هذا البحث .

(٢) انظر :- السرخسي : المبسوط، ج١٢ ص٤٨ . (مرجع سابق)
- والكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٢٣. (مرجع سابق)

المطلب الثاني : (الوقف)

سبق تعريف الوقف لغة واصطلاحاً[1] أما الحديث هنا فهو عن مدى اشتراط القبض للزوم الوقف، هذا وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : (يتم الوقف ويلزم دون توقف على القبض).

وهذا قول «أبي يوسف» من الحنفية وهو المفتى به في المذهب[2] والشافعية[3] والحنابلة في القول الأظهر[4]، يقول «السرخسي» : «فأما الصدقة الموقوفة على قول أبي يوسف رحمه الله تلزم بالاعلام وإن لم يخرجها من يده إلى المتولي»[5] ، ويقول «الشربيني» : «فإن قضية كلامهم في باب الوصية لزوم الوقف بمجرد اللفظ ، وبه صرح الإمام »[6] ويقول «ابن قدامة» : «إن ظاهر هذا الكلام أنه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به لأن الوقف يحصل به ، وعن أحمد رواية أخرى لا يلزم إلا بالقبض»[7] .

---

(١) انظر ص (٥٢) من هذا البحث .

(٢) انظر :- السرخسي : المبسوط ، ج١٢ ص٣٥ . (مرجع سابق).
- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص٢١٩ . (مرجع سابق).
- ابن عابدين : رد المحتار ، ج٤ ص٣٤٣ . (مرجع سابق) .

(٣) انظر :- الشافعي : الأم ، ج٣ ص٢٨١ . (مرجع سابق).
- النووي : روضة الطالبين ، ج٥ ص٤٣٢ . (مرجع سابق).
- الشربيني: مغني المحتاج ، ج٢ ص٣٨٣ . (مرجع سابق).

(٤) انظر : - ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٦ ص١٨٨ . (مرجع سابق).
- ابن النجار : منتهى الإرادات ، ج٢ ص٦ . (مرجع سابق).
- البهوتي : كشاف القناع ، ج٤ ص٢٥٤ . (مرجع سابق).

(٥) السرخسي : المبسوط، ج١٢ ص٣٥ . (مرجع سابق) .

(٦) الشربيني : مغني المحتاج، ج٢ ص٣٨٣ . (مرجع سابق) .

(٧) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير، ج٦ ص١٨٨ . (مرجع سابق) .

واستدلوا على ذلك بالسنة وعمل الصحابة والقياس

أما السنة : فقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر عمر بن الخطاب أن يسبل [1] ثمرة أرضه ويحبس أصلها [2] ولم يأمره أن يخرجها من يده إلى يد أحد يحوزها دونه ، فدل ذلك على أن الوقف يتم بحبس الأصل وتسبيل الثمرة دون أن يقبضه أحد، ولو كان القبض شرطاً لأمره به [3] .

أما عمل الصحابة : قال الشافعي «أخبرني غير واحد من آل عمر وآل علي أن عمر ولي صدقته حتى مات، وجعلها بعده إلى حفصة ، وولي علي صدقته حتى مات ووليها بعده الحسن بن علي ، وأن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وليت صدقتها حتى ماتت ، وبلغني من غير واحد من الأنصار أنه ولي صدقته حتى مات»[4].

أما القياس : فقياساً على العتق، ذلك أن الرجل إذا وقف أرضه أو داره فإنما يملك الموقوف عليه منافعها ، ولا يملك من رقبتها شيئاً ، لأن الواقف أخرجها من ملكه إلى الله عزّ وجل، فكما أن العتق يلزم بالقول ولا يحتاج فيه إلى القبض مع القول، فكذلك الوقف لا يحتاج فيه إلى القبض مع القول[5] .

القول الثاني: (يشترط القبض للزوم الوقف وتمامه، ويكون القبض في الوقف بأن يجعل له قيّماً ويسلمه إليه ، وفي المسجد ونحوه بالتخلية بينه وبين الناس)

---

(١) من أسبل الشيء : أرسله وأرخاه. وسبّل الشيء : أباحه وجعله في سبيل الله. (المعجم الوسيط ، ج١ ص٤١٧).

(٢) رواه الشيخان . أنظر :
- البخاري : صحيح البخاري وبهامشه فتح الباري، كتاب الوصايا ، حديث رقم ٢٧٦٤، ج٥ ص٣٩٢ . (مرجع سابق).
- ومسلم : صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب الوصايا ، باب الوقف، حديث رقم ١٦٣٢ ، ج١١ ص٨٦ . (مرجع سابق) .

(٣) الشافعي : الأم ، ج٣ ص٢٨١ .

(٤) المرجع السابق ، ج٣ ص٢٨١ .

(٥) الطحاوي: شرح معاني الآثار . ج٤ ص٩٨ . (مرجع سابق).

وهذا قول «محمد بن الحسن» – من الحنفية –[1] والمالكية[2] و «أحمد بن حنبل» في رواية[3] ، يقول «السرخسي» : «فأما الصدقة الموقوفة على قول أبي يوسف رحمه الله تلزم بالإعلام .. وعلى قول محمد رحمه الله لا يتم إلا بالإخراج من يده والتسليم إلى المتولي»[4] ويقول «ابن قدامة» : «وعن أحمد رواية أخرى لا يلزم (الوقف) إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن يده»[5] .

واستدلوا على ذلك بأن الواقف تصدق بالمنافع ، والهبات والصدقات لا تلزم إلا بالقبض ، فينبغي أن يشترط القبض للزومه [6] .

واستدلوا أيضاً بحديث عمر بن الخطاب فإنه جعل وقفه في يد ابنته حفصة رضي الله عنها ، وإنما فعل ذلك ليتم الوقف [7] .

---

(١) انظر :- السرخسي : المبسوط ، ج١٢ ص٣٥ . (مرجع سابق).
- ابن عابدين : رد المحتار، ج٤ ص٣٤٣. (مرجع سابق).
- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص٢١٩ . (مرجع سابق).

(٢) انظر :- الدسوقي : حاشية الدسوقي، ج٤ ص٧٨ . (مرجع سابق).
- العدوي : حاشية العدوي ، ج٢ ص٢٠٣ . (مرجع سابق).
- ابن جزي : القوانين الفقهية ، ص٣٧٤ . (مرجع سابق).
- الكشناوي : أسهل المدارك ، ج٣ ص١٠١ . (مرجع سابق).

(٣) انظر :- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٦ ص١٨٨ . (مرجع سابق) .

(٤) السرخسي : المبسوط ، ج١٢ ص٣٥ . (مرجع سابق) .

(٥) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٦ ص١٨٨ . (مرجع سابق) .

(٦) انظر :- السرخسي : المبسوط ، ج١٢ ص٣٥ . (مرجع سابق)
- والكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص٢١٩ . (مرجع سابق).

(٧) انظر :- السرخسي : المبسوط ، ج١٢ ص٣٦ .(مرجع سابق).
- وابن نجيم : البحر الرائق ، ج٥ ص٢١٢ . (مرجع سابق).

وبالنظر في هذه الأقوال وأدلتها نجد أن ما استدل به القائلون بأن القبض شرط للزوم الوقف من القياس على الهبات والصدقات ، فغير مسلّم لأنه قياس مع الفارق، إذ الهبة والصدقة فيها نقل ملكية الرقبة إلى الموهوب له أو المتصدق عليه بينما الوقف ليس فيه تمليك الرقبة لأحد، بل هو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، فافترقا .

إضافة إلى أن الوقف قد يكون جهة معنوية، أو غير معلومة، كالوقف على الجهاد في سبيل الله، والوقف على الفقراء أو طلاب العلم، فمن يقبض عن هؤلاء؟

أما استدلالهم من أن عمر بن الخطاب جعل وقفه في يد ابنته حفصة ليتم وقفه ، فهذا لا يدل على اشتراط القبض، وإنما فعل ذلك لكثرة أشغاله واشتغاله ، وخوف التقصير منه، أو ليكون في يدها بعد موته[1] . لذلك كله يرجح القول الأول، الذي ينص على لزوم الوقف وتمامه دون احتياج للقبض ، وذلك لقوة أدلته وسلامتها .

المطلب الثالث : (القرض)[2]

اختلف الفقهاء في اشتراط القبض للزوم القرض على قولين :

القول الأول : (لا يشترط في لزوم عقد القرض أن يقبضه المقترض، بل يلزم بالقول).

وهو قول المالكية، يقول «الدسوقي» :« ... والحاصل أن القرض وغيره من المعروف كالهبة والصدقة يلزم بالقول ، ويصير مالاً من أموال المُعْطَى بمجرد القول ويُقضى له به »[3]

---

(١) المراجع السابقة ، نفس الصفحات .

(٢) سبق تعريف القبض لغة واصطلاحاً في المبحث الأول من هذا الفصل.(انظر ص ٥٦ من هذا البحث).

(٣) الدسوقي : حاشية الدسوقي ، ج٣ ص٢٢٦ . (مرجع سابق)
وانظر :- الحطاب : مواهب الجليل ، ج٤ ص٥٤٨ . (مرجع سابق)
- التسولي : البهجة شرح التحفة ، ص٢٨٨ . (مرجع سابق)

القول الثاني : (يشترط القبض في لزومه ، فإذا قبضه المقترض لزم العقد) .

وهذا قول جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة، يقول «البهوتي» : «وهو أي القرض عقد لازم في حق المقرض بالقبض »[1]

ولم أعثر على قول لغيرهم من الفقهاء حول هذا الموضوع.

ويرجح قول الجمهور وهو اشتراط القبض في لزوم عقد القرض، لانه سبق وتقرر لدينا ان المُقْرَض تنتقل ملكيته إلى المستقرض بالقبض[2] وهذا يدل على أن للمقرض الحق في الرجوع عن القرض قبل اقباضه لأن المال المقرض لا يزال على ملكه وتحت يده ، فكان له ذلك ، فكان القرض غير لازم قبل القبض .

المطلب الرابع :(الرهن)

تعريفه :

الرهن لغةً :«ما وُضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أُخذ منه »[3] والرهن الدوام والثبات[4] والاحتباس[5] .

وأما الرهن اصطلاحاً فهو : «عقد ينشيء الحق في احتباس مال ضماناً لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه »[6]

---

(١) البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٣١٢ . (مرجع سابق)
وانظر في مصادر الفقه مايلي :
– الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص١٢٠ . (مرجع سابق)
– النووي : روضة الطالبين ، ج٤ ص٣٥ . (مرجع سابق)
– ابن النجار : منتهى الإرادات ، ج١ ص٣٩٧ . (مرجع سابق)

(٢) انظر ص (٥٩) من هذا البحث .

(٣) ابن منظور : لسان العرب ج١٣ ، ص١٨٨ مادة رهن . (مرجع سابق) .

(٤) الجوهري : الصحاح ، ج٥ ص٢١٢٨ مادة رهن . (مرجع سابق) .

(٥) ابن منظور : لسان العرب ، ج١٣ ص١٨٩ . (مرجع سابق) .

(٦) الزحيلي : العقود المسماة ، ص٣٥٩ . (مرجع سابق).

وقد اختلف الفقهاء في مدى اشتراط القبض في لزوم الرهن على ثلاثة أقوال:

القول الأول :(يشترط القبض في لزوم الرهن ، ويكون للراهن قبل القبض أن يرجع عنه أو يسلمه) .

وهذا قول الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] - على الراجح - ، يقول «السرخسي»: «ولا يجوز الرهن غير مقبوض عيناً» [4] ويقول «الشربيني» :«ولا يلزم (الرهن) إلا بقبضه (أي المرهون) »[5] ، ويقول «ابن قدامة» :«ولا يلزم الرهن إلا بالقبض، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي»[6] .

«ودليلهم قوله تعالى (فرهان مقبوضة) فلو لزم بدون القبض، لم يكن للتقييد به فائدة ، فقد علقه سبحانه بالقبض فلا يتم إلا به . ولأن الرهن عقد تبرع أو إرفاق (أي نفع) يحتاج إلى القبول ، فيحتاج إلى القبض ليكون دليلاً على إمضاء العقد، وعدم الرجوع، فلا يلزم إلا بالقبض كالهبة والقرض»[7]

---

(١) انظر :- السرخسي : المبسوط ، ج٢١ ص٦٨ . (مرجع سابق).
- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٣٧ . (مرجع سابق).
- ابن عابدين : رد المحتار ، ج٦ ص٤٧٩ . (مرجع سابق).

(٢) انظر :- النووي : المجموع ، ج١٣ ص١٨٣ . (مرجع سابق).
- النووي : روضة الطالبين ، ج٤ ص٦٥ . (مرجع سابق).
- الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص١٢٨ .(مرجع سابق).
- الشيرازي : المهذب ، ج١ ص٣١٢ .(مرجع سابق).

(٣) انظر :- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير، ج٤ ص٣٦٨ . (مرجع سابق).
- البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٣٣٠ . (مرجع سابق) .
- ابن النجار : منتهى الإرادات ، ج١ ص٤٠٢ . (مرجع سابق) .

(٤) السرخسي : المبسوط ، ج٢١ ص٦٨ . (مرجع سابق) .

(٥) الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص١٢٨ . (مرجع سابق) .

(٦) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص٣٦٨ . (مرجع سابق) .

(٧) وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ، ج٥ ص٢٠٧ . (مرجع سابق)
وانظر المراجع السابقة .

القول الثاني : (الرهن يلزم بالعقد لكنه لا يتم إلابالقبض، وللمرتهن المطالبة بالإقباض، ويجبر الراهن عليه) .

وهذا قول المالكية ، يقول «الدسوقي»:«لا خلاف في المذهب أن القبض ليس من حقيقة الرهن، ولا شرطاً في صحته ولا لزومه ، بل ينعقد ويصح ويلزم بمجرد القول ثم يطلب المرتهن الإقباض، قال (ابن الحاجب)[1] : يصح الرهن قبل القبض ولا يتم إلا به»[2] . أما لزومه بالعقد فلأن قوله تعالى «فرهان مقبوضة» قد اثبتها رهانا قبل القبض ، وأما إلزام الراهن بالإقباض فلأن قوله تعالى «*أوفوا بالعقود*» دليل على إلزام الراهن بتسليم المرهون وفاء بالعقد[3] .

القول الثالث: (إن ما كان مكيلاً أو موزوناً فلا يلزم رهنه إلا بالقبض ، وما عدا ذلك فيلزم بمجرد العقد كالبيع).

وهذا قول بعض الحنابلة ، يقول «ابن قدامة»:«قال بعض أصحابنا : ما كان مكيلاً أو موزوناً لا يلزم رهنه إلا بالقبض، وفيما عداهما روايتان : إحداهما لا يلزم إلا بالقبض. والأخرى يلزم بمجرد العقد كالبيع ، وقد نص أحمد على هذا»[4] .

---

(١) هو أبو عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر بن الحاجب (٥٧٠هـ-٦٤٦هـ) فقيه مالكي ، من كبار العلماء بالعربية ، كردي الأصل ، ولد في إسنا (من صعيد مصر) ، ونشأ في القاهرة ، وسكن دمشق ، ومات بالاسكندرية ، وكان أبوه حاجباً فعُرف به ، من تصانيفه (الكافية ، ومختصر المنتهى ، وجامع الأمهات) وغيرها . (الزركلي : الأعلام ، ج٤ ص٣٧٤) .

(٢) الدسوقي : حاشية الدسوقي ، ج٣ ص٢٣١ . (مرجع سابق) .

(٣) انظر في مصادر الفقه مايلي :
- الدسوقي : حاشية الدسوقي ، ج٣ ص٢٣١ . (مرجع سابق)
- الدردير : الشرح الصغير ، ج٣ ص٣١٢ . (مرجع سابق)
- العدوي : حاشية العدوي ، ج٢ ص٢٤٨ . (مرجع سابق)
- الرهوني : حاشية الرهوني ، ج٥ ، ص٢٦٤ . (مرجع سابق)

(٤) انظر :- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص٣٦٨ . (مرجع سابق) .

وبالنظر في هذه الأقوال وأدلتها تبدو لنا عدة أمور هي :

أولاً : قول بعض الحنابلة - إن ما كان مكيلاً أو موزوناً فلا يلزم رهنه إلا بالقبض وما عدا ذلك يلزم بمجرد العقد كالبيع - غير مسلّم، لأن الرهن عقد إرفاق ، والبيع عقد معاوضة ، فافترقا فلا يصح قياسه عليه . ولأن التفريق بين المكيل والموزون وبين غيره مجرد رأي يفتقر إلى دليل .

ثانياً: إن بقية المذاهب اشترطت القبض في الرهن لكنها اختلفت في مدى اشتراطه، إذ اعتبره الحنفية والشافعية والحنابلة شرط لزوم ، وذهب المالكية إلى أنه شرط تمام ، وقد استدل كل فريق بقوله تعالى «فرهان مقبوضة» على ما ذهب إليه .

وبإمعان النظر في استدلالهم يظهر أن المولى عزّ وجل وصف الرهن بكونه مقبوضاً ، وذلك يقتضي أن يكون القبض شرطاً فيه ولكن ليس في الآية ما يدل على كونه شرط لزوم أو شرط تمام حتى يترجح بدلالتها أحد هذه الأقوال على غيره .

لكننا لو نظرنا إلى طبيعة الرهن لوجدنا أنه عقد إرفاق وتبرع لأن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً ، فيكون القبض فيه شرط لزوم ، لأن الهبات والصدقات لا تلزم إلا بقبضها ، فكذا سائر التبرعات .

لذا يرجح قول الجمهور بأن القبض شرط لزوم في الرهن.

بقيت مسألة هامة تعرض لها الفقهاء بعد كلامهم على حكم القبض في الرهن ، وهي مدى اشتراط استدامة القبض في الرهن .

وقد اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : (لا يشترط استدامة القبض في الرهن ، فلو استرجعه الراهن بعارية أو وديعة ، صح ، لأنه عقد يعتبر القبض في ابتدائه فلم يشترط استدامته كالهبة) [1].

---

(١) انظر في مصادر الفقه مايلي :

- الشافعي : الأم ، ج٣ ص١٤٣ . (مرجع سابق)

- النووي : روضة الطالبين ، ج٤ ص٩٦ . (مرجع سابق) .

وهذا قول الشافعية ، يقول «النووي» :«استدامة القبض ليس بشرط في الرهن ، وقال أبو حنيفة ومالك الاستدامة شرط فيه ، ودليلنا أنه عقد يعتبر فيه القبض فلم تكن استدامته شرطاً كالهبة مع أبي حنيفة ، والقرض مع مالك»[1] .

القول الثاني: (يشترط في صحة الرهن استدامة القبض، فإذا قبض المرتهن المرهون ثم رده إلى الراهن بعارية أو وديعة أو كراء بطل الرهن ، لأن المعنى الذي لأجله اشترط قبض المرهون في الابتداء هو أن يحصل وثيقة للمرتهن بقبضه إياه ، وهذا المعنى يحتاج إليه في كل حال كان فيها رهناً ، فكانت استدامة القبض شرطاً فيه) .

وهذا قول الحنفية والمالكية[2]، يقول «الكاساني» : «ومن شرائط صحة العقد أن يكون المرهون محوزاً عندنا.. ومنها دوام القبض عندنا»[3] ، ويقول «الدردير»:«ويتم البطلان إن فات الرهن بنحو عتق أو كتابة أو عتق لأجل أو نحو بيع كهبة وصدقة وحبس»[4].

القول الثالث :(يشترط في لزوم الرهن استدامةقبض المرهون ، فإن أخرجه المرتهن عن يده باختياره إلى الراهن أو غيره زال الرهن، وبقي العقد كأن لم يوجد فيه قبض سواء أخرجه بإجارة أو إعارة أوغيرذلك، فإذا عاد فرده إليه عاد اللزوم بحكم العقد السابق ، ولا يحتاج إلى تجديد عقد ، لأن العقد الأول لم يطرأ عليه ما يبطله ، أشبه ما لو تراخى القبض عن العقد) .

---

(١) النووي : المجموع ، ج١٢ ص١٩٢ . (مرجع سابق) .

(٢) انظر في مصادر الفقه مايلي :
- السرخسي : المبسوط ، ج٢١ ص٦٩-٧٠ . (مرجع سابق)
- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٤٢ . (مرجع سابق)
- الدردير : الشرح الصغير ، ج٣ ص٣١٧ . (مرجع سابق)
- العدوي : حاشية العدوي ، ج٢ ص٢٤٨ . (مرجع سابق) .

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٤٢ . (مرجع سابق) .

(٤) الدردير : الشرح الصغير ، ج٣ ص٣١٧ . (مرجع سابق)

وهذا قول الحنابلة [1]، يقول «البهوتي» :« واستدامة قبضه أي الرهن شرط في لزومه ... فإن أخرجه (الرهن) المرتهن باختياره إلى الراهن زال لزومه ، وبقي الرهن كأنه لم يوجد فيه قبض لأن استدامة القبض شرط في اللزوم وقد زالت ... سواء أخرجه المرتهن إلى الراهن بإجارة أو إعارة ... فإن رده أي رد الراهن الرهن إليه أي إلى المرتهن باختياره عاد لزومه بحكم العقد السابق لأنه أقبضه باختياره فلزم كالأول ، ولا يحتاج إلى تجديد عقد ، لأن العقد الأول لم يطرأ عليه ما يبطله»[2] . وإن أزيلت يد المرتهن عنه بغير حق كالغصب والسرقة وضياع المتاع ، ونحوه ، فلزوم العقد باق لأن يده ثابتة عليه حكماً، فكأنما لم تزل . واستدلوا على ذلك بأن الرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه، فإذا لم يدم في يده زال ذلك المعنى[3] .

وبالنظر في هذه الأقوال نلاحظ مايلي :

أولاً : إن القول بعدم اشتراط القبض قياساً على الهبة غير مسلّم لأن القبض في ابتدائها ينقل الملك للموهوب له ، فإذا ملكه استغنى عن دوام القبض . بَيْدَ أن المرهون باق على ملك الراهن . وقد قبضه المرتهن لتوثيق دينه بالتمكن من بيعه ، واستيفاء دينه من ثمنه ، فإذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه ، ولم تحصل وثيقة، فافترقا .

ثانياً : لأنه ترجح لدينا أن قبض المرهون ابتداء إنما هو شرط لزوم الرهن فكان دوام يده عليه شرط لزوم أيضاً لأن الحكمة من اشتراط قبض المرهون في

---

(١) انظر في مصادر الفقه مايلي :
- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص٣٧٠ . (مرجع سابق).
- البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٣٣٣ . (مرجع سابق).
- ابن النجار : منتهى الإرادات ، ج١ ص٤٠٣ . (مرجع سابق).

(٢) البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٣٣٣ . (مرجع سابق) .

(٣) انظر في مصادر الفقه مايلي :
- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير، ج٤ ص٣٧٠ .(مرجع سابق)
- ابن النجار :منتهى الإرادات ، ج١ ص٤٠٣ . (مرجع سابق) .

الابتداء هو جعله وثيقة للمرتهن بدينه ، وهذا المعنى يُحتاج إليه ما دام عقد الرهن قائماً والدّين موجوداً، فكان لدوام القبض حكم الابتداء .

ولذلك يرجح قول الحنابلة بأن استدامة القبض شرط في لزوم الرهن ، فإن خرج من يده باختياره زال لزومه، وإن عاد إلى يده عاد لزوم العقد ، وذلك للأمرين السابقين ، والله أعلم .

المبحث الرابع : العقود التي لا تُشترط فيها الحيازة

سبق وأن بحثنا في المباحث الثلاثة السابقة العقود التي يشترط القبض فيها عند الفقهاء مع بيان آرائهم وأدلتهم في مدى اشتراطه فيها .

وهذا يعني أن ما عداها من العقود فإنه لا يشترط فيها القبض، بل تلزم وتنتقل الملكية فيها دون توقف على قبض أحد العوضين . ولعل أهم هذه العقود التي لا يشترط فيها القبض هي عقود البيع .

فالبيع يلزم وتنتقل فيه ملكية الثمن إلى البائع ، وملكية المبيع إلى المشتري بمجرد العقد دون توقف على القبض[1]، يقول « ابن رجب» : « القبض في العقود على قسمين : أحدهما أن يكون من موجب العقد ومقتضاه كالبيع ... فهذه العقود تلزم من غير قبض ، وإنما القبض فيها من موجبات عقودها»[2] . فالأصل عند الفقهاء أن حكم البيع الصحيح اللازم أن يثبت في الحال ملك المبيع للمشتري ، وملك الثمن للبائع[3] يقول «الكاساني» : «إن إحدى صفتي الحكم الحلول ، وهو ثبوت الملك في البدلين للحال ، لأنه تمليك بتمليك ، وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال ، فيقتضي ثبوت الملك في البدلين في الحال ..»[4] ، «ويترتب على ذلك أن يكون تسليم البدلين واجباً على العاقدين، لأن العقد أوجب الملك في البدلين ، ومعلوم أن الملك ماثبت بعينه ، وإنما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك، ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم ، فكان إيجاب الملك في البدلين إيجاباً لتسليمهما ضرورة ، ولأن معنى البيع لا يحصل إلا

---

(١) انظر ابن عبد البر : القبض في العقود المالية، ص ٦٠ . (مرجع سابق) .

(٢) ابن رجب : القواعد ، ص٧١ . (مرجع سابق) .

(٣) أنظر في مصادر الفقه مايلي :
- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٥ ص٢٤٣ . (مرجع سابق) .
- ابن رجب : القواعد ، ص٧١ . (مرجع سابق) .
- النووي : المجموع ، ج٩ ص٢٨٢ . (مرجع سابق) .
- والمادة ٣٦٩ من مجلة الأحكام العدلية .

(٤) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٥ ص٢٤٣ . (مرجع سابق) .

بالتسليم والقبض ، لأنه مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب ، وحقيقة المبادلة في التسليم والقبض ، لأنها أخذ بدل وإعطاء بدل » .[1]

أما وقت وجوب تسليمها، فإنه يثبت على التوسع عقيب العقد بلا فصل ، لأن القبض ليس بشرط في البيع [2] والثمن يكون حالاً ومؤجلاً .

ومن عقود البيع التي لا يشترط فيها الحيازة وقت العقد ، عقد بيع المرابحة ، فعقد المرابحة يتم ويلزم ولو لم يكن فيه تسليم أو قبض [3]، فلم يشترط أحد من الفقهاء ذلك . إذ أن بيع المرابحة قد يكون بثمن مؤجل ، يقول « الكاساني» : «ولو اشترى شيئاً نسيئه لم يبعه مرابحة حتى يبين الأجل، لأن للأجل شبهة المبيع وإن لم يكن مبيعاً حقيقة لأنه مرغوب فيه ...»[4] ، ويقول «الدردير» : « ووجب على بائع المرابحة بيان الأجل الذي اشترى إليه لأن له حصة من الثمن هذا إذا دخلا على التأجيل ابتداء، بل وإن بيع المبيع على النقد ثم أُجّل بتراضيهما فيجب على بائع المرابحة نقداً بيان الأجل المضروب بعد العقد لأن اللاحق كالواقع»[5] ، ويقول «ابن قدامة» : «وإن اشترى شيئاً بثمن مؤجل لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين ذلك»[6] فبيع المرابحة إذاً يلزم وتنتقل فيه ملكية الثمن إلى البائع وملكية المبيع إلى المشتري بدون القبض .

---

(١) نزيه حماد : الحيازة في العقود ، ص٢٣١ . (مرجع سابق) .

(٢) انظر : - الكاساني: البدائع ، ج٥ ص٢٤٤ .(مرجع سابق)
- والمادة (٢٦٢) من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) انظر يوسف القرضاوي : بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية. دار العلم، الكويت، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م ، ص٢٣ . وسيشار له فيما بعد هكذا (القرضاوي : بيع المرابحة للآمر بالشراء).

(٤) الكاساني : البدائع ، ج٥ ص٢٢٤ . (مرجع سابق)

(٥) الدردير : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ، ج٣ ص١٦٣ . (مرجع سابق)

(٦) ابن قدامة : المغني ، ج٤ ص٢٦٢ . (مرجع سابق)

وكذلك الأمر في إجارة الأعيان فإنها تلزم وتنتقل فيها ملكية المنافع إلى المستأجر ، وملكية الأجرة إلى المؤجر دونما قبض.[1]

بقي هنا أمر لا بد من الإشارة إليه ، وهو أن الحنفية[2] والشافعية[3] ذكروا في هذا المقام مسألتين هامتين :

الأولى : إن ملكية المبيع وإن انتقلت إلى المشتري بالبيع اللازم دون توقف على قبضه، فإنها لا تستقر إلا بقبضه ، ومعنى استقرارها هو الأمن من زوالها عن المشتري بعدما انتقلت إليه لانفساخ العقد إذا هلك المبيع قبل قبضه .

الثانية: إن جميع الديون تستقر في الذمة إلا دين السلم فإنه مع لزومه لا يستقر حتى يقبضه المسلم إليه ، لعدم الأمن قبله من طروء انقطاعه فينفسخ العقد.

---

(١) انظر :- السيوطي : الأشباه والنظائر ، ص٢٨٠ . (مرجع سابق)
- والكاساني: بدائع الصنائع ، ج٧ ص٣٣٦ . (مرجع سابق) .

(٢) انظر ابن نجيم : الأشباه والنظائر ، ص٤١٥ . (مرجع سابق) .

(٣) انظر السيوطي : الأشباه والنظائر ، ص٣٢٥ . (مرجع سابق) .

الفصل الثالث

نماذج تطبيقية للحيازة

في معاملات البنك الإسلامي الأردني

ويشمل ثلاثة مباحث هي :

المبحث الأول

العقود التي يمارسها البنك الإسلامي الأردني وتطبيقاتها

المبحث الثاني

الضمانات التي يطلبها البنك الإسلامي الأردني في العقود التي يبرمها

المبحث الثالث

الآثار الاقتصادية المترتبة على الحيازة في العقود التي يبرمها البنك الإسلامي الأردني

الفصل الثالث
نماذج تطبيقية للحيازة في معاملات البنك الإسلامي الأردني

بعد العرض السابق في الفصول الثلاثة الماضية حول الحيازة من الجانب النظري نأتي إلى تطبيق البنك الإسلامي الأردني للعقود التي يمارسها ، هل يوافق الشريعة الإسلامية أو إن هناك مخالفاتٍ شرعيةً فيما يتعلق بالحيازة ؟ . هذا ما سنبحثه في هذا الفصل والذي يشمل ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : العقود التي يمارسها البنك الاسلامي الأردني وتطبيقاتها.
المبحث الثاني : الضمانات التي يطلبها البنك الإسلامي الأردني في العقود التي يبرمها.
المبحث الثالث : الآثار الاقتصادية المترتبة على الحيازة في العقود التي يبرمها البنك الإسلامي الأردني.

المبحث الأول : (العقود التي يمارسها البنك الإسلامي الأردني وتطبيقاتها).

يهدف البنك الإسلامي الأردني إلى تغطية الاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية في ميدان الخدمات المصرفية وأعمال التمويل والاستثمار المنظمة على غير أساس الربا ، وفي سبيل تحقيق هذه الأهداف يقوم البنك بالأعمال التي تمكنه من ذلك عن طريق العمل في عدة مجالات كالأعمال المصرفية غير الربوية والخدمات الاجتماعية وأعمال التمويل والاستثمار، حيث يقوم البنك بجميع أعمال التمويل والاستثمار من خلال تقديم التمويل اللازم - كلياً أو جزئياً - في مختلف الأحوال والعمليات القابلة للتصفية الذاتية ، ويشمل ذلك أشكال التمويل بالمضاربة والمشاركة المتناقصة ، وبيع المرابحة للآمر بالشراء وغير ذلك من صور مماثلة .[1]

والعقود التي يمارسها البنك الإسلامي الأردني في جميع المجالات منها ماتشترط فيها الحيازة ، ومنها ما لا تشترط .لذا يقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : العقود التي يمارسها البنك الإسلامي وتشترط فيها الحيازة .
المطلب الثاني : العقود التي يمارسها البنك الإسلامي ولا تشترط فيها الحيازة .

---

(١) انظر البنك الإسلامي الأردني: قانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار، قانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٨٥ ، ص٨-٩. وسيشار له فيما بعد هكذا (قانون البنك الإسلامي الأردني) .

المطلب الأول :(العقود التي يمارسها البنك الإسلامي وتشترط فيها الحيازة) .

العقود التي يمارسها البنك الإسلامي الأردني[1] وتشترط فيها الحيازة ثلاثة عقود هي:

١- عقد مضاربة (قراض) .
٢- عقد صرف (بيع العملات الأجنبية) .
٣- عقد قرض .

والحديث عنها من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول : (عقد المضاربة (القراض))[2].

المضاربة من العقود التي يشترط في صحتها قبض رأس مال المضاربة وقت العقد .[3] ويعتبر عقد المضاربة من أبرز الأنشطة الاقتصادية في الاقتصاد الإسلامي وهو نشاط ضخم استقطب في وعائه أغلب الأموال المدخرة التي يُراد تنميتها من الأفراد والهيئات ، وترتب عليه نفع كبير تمثل في المحافظة على تلك المدخرات وتنميتها واستثمارها ، مما حقق مصالح أصحابها ومصالح المجتمع .

وقد تأخذ عمليات المضاربة أشكالاً مختلفة ، فمنها البسيطة المكونة من صاحب رأس المال وعامل المضاربة ، ومنها المركبة التي يشترك فيها عمال مضاربة متعددون وأصحاب رؤوس أموال [4]. وهذا النوع هو الذي يجري العمل به في البنك الإسلامي

---

(١) انظر: قانون البنك الإسلامي الأردني . اختصاصات البنك ، ص٧ - ٨ .(مرجع سابق).

(٢) سبق تعريف المضاربة في الفصل السابق ص٨٧ ، ٨٨ .والحديث الآن عن تطبيق البنك الإسلامي الأردني لهذا العقد .

(٣) لمعرفة أقوال الفقهاء حول هذا الموضوع انظر ص ٨٧ - ٨٩ من هذا البحث .

(٤) انظر د. حسن عبدالله الأمين : المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة . منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، البنك الإسلامي للتنمية ، جدة ١٤٠٨هـ=١٩٨٨م ، ص ٣٩ - ٤٠ . وسيشار له فيما بعد هكذا (حسن عبد الله الأمين : المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة)

الأردني، فالبنك الإسلامي الأردني أخذ بنظام المضاربة المشتركة ، وتبنى هذا النظام، وخلط أمواله بأموال المدخرين مع من يعمل به مضاربة « فالبنك عندما يأخذ أموال المدخرين المتعددين - باعتباره شخصية اعتبارية لها ذمة قانونية - ليعمل بها مضاربة يعتبر مضارباً مشتركاً ، وتكون المضاربة من جهة المدخرين مع البنك مضاربة جماعية »[1] .

« والعلاقة هنا بين المستثمرين (أصحاب الودائع) وبين البنك (عامل المضاربة) علاقة ثنائية ، فهي علاقة بين رب المال - واحداً أو جماعة - وبين المضارب في المال أو عامل القراض وهو البنك مباشرة أو عن طريقه إلى عامل ثان في القراض، أي أن لها طرفين اثنين فقط »[2] فهي علاقة ثنائية بين المدخرين (أصحاب الاموال) من جهة والبنك (عامل المضاربة) من جهة أخرى أو بين البنك من جهة وعامل المضاربة الثاني من جهة أخرى، إذ قد يدفع البنك الإسلامي هذا المال لمن يعمل به مضاربة ، لأن البنك يجوز له أن يعمل بمال المضاربة بنفسه كما يجوز له أن يدفعه إلى مضارب أخر يعمل فيه إذا أذن له بذلك رب المال - وهو إذن لا بد أن يشترطه البنك في عقد أخذ المال مضاربة ، ليصبح بذلك في وضع مرن للعمل في المضاربة بنفسه أو بمن يختار أن يدفع إليه المال لنفس الغرض .[3]

تطبيقات البنك الإسلامي الأردني لعقد المضاربة

يجري البنك الإسلامي الاردني عقد المضاربة مع العملاء وفق الخطوات التالية:

أولاً : يتلقى البنك (بصفته عامل المضاربة) أموال المودعين (بصفتهم أرباب المال) عن طريق الودائع الحسابية التي تشمل (حسابات الاستثمار المشترك[4]

---

(١) المرجع السابق ، ص ٤٨ .

(٢) د. حسن عبدالله الأمين : الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الاسلام . دار الشروق ، جدة ، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ = ١٩٨٣م ، ص٣١٧ . وسيشار له فيما بعد هكذا (حسن عبدالله الأمين : الودائع المصرفية النقدية) .

(٣) المرجع السابق ، ص٣١٧ .

(٤) حسابات الاستثمار المشترك : وهي تشمل الودائع النقدية التي يتسلمها البنك من الراغبين بمشاركته فيما يقوم به من تمويل واستثمار منظم بشكل متعدد ومستمر ، وذلك على أساس حصول هذه الودائع على نسبة معينة مما يتحقق سنوياً من أرباح صافية حسب شروط الحساب الداخلة فيه. (قانون البنك الإسلامي الأردني، ص٤).

وحسابات الاستثمار المخصص [1] أو عن طريق الإكتتاب في سندات المقارضة المشتركة .[2]

ثانياً : يقوم البنك بالعمل في هذه الأموال - بصفته عامل مضاربة - بجميع أعمال التمويل والاستثمار على غير أساس الربا وذلك عن طريق دخول البنك في مشاريع استثمارية مختلفة ، أو عن طريق تعامله في بيع المرابحة للآمر بالشراء .

وقد يقدم البنك - بصفته مضارباً مشتركاً - المال الذي لديه لمضارب آخر عن طريق التمويل بالمضاربة حيث يقدم البنك النقد اللازم - كلياً أو جزئياً - لتمويل عملية محددة يقوم بالعمل فيها شخص آخر، وذلك على أساس المشاركة ربحاً أو خسارة - حسب الآراء الفقهية - [3] .

ويجري البنك عمليات التمويل بالمضاربة وفق الإجراءات التالية [4]:

١- يتقدم العميل بطلب تمويل مرفقاً به :

أ- دراسة الجدوى الإقتصادية للمشروع

ب- بيانات مالية (ميزانية عمومية وبيان مالي)

جـ- الأوراق الثبوتية لعمله (شهادة تسجيل + رخصة مهن)

٢- يجمع البنك المعلومات عن طالب التمويل وتشمل : السمعة الأدبية والمهنية والخبرة والكفاءة.

٣- يقيّم البنك الجدوى الاقتصادية للمشروع ويدرس سوق السلعة.

(١) حسابات الاستثمار المخصص : الودائع النقدية التي يتسلمها البنك من الراغبين في توكيله باستثمارها المعين في مشروع محدد أو غرض معين وذلك على أساس حصول البنك على حصة من صافي ما يتحقق من أرباح ودون أن يتحمل الخسارة الناشئة بلا تعد أو مخالفة . (المرجع السابق).

(٢) سندات المقارضة : الوثائق الموحدة القيمة والصادرة عن البنك بأسماء من يكتتبون فيها مقابل دفع القيمة المحررة بها على أساس المشاركة في نتائج الأرباح المتحققة سنوياً حسب الشروط الخاصة بكل إصدار على حدة . (المرجع السابق ، ص٥).

(٣) قانون البنك الإسلامي الأردني ، ص٥ (مرجع سابق) .

(٤) أخذت هذه المعلومات عن طريق مقابلة شخصية لمسؤول الاستثمار في البنك الإسلامي الأردني ، الفرع الرئيسي بالشميساني ، بتاريخ ١٩٩٤/١٠/٢٠ .

٤- يقرر البنك الموافقة على التمويل بعد الدراسة.
٥- تطبع العقود الخاصة بالتمويل، وتوقع من قبل الأطراف المعنية وتكون مشتملة على جميع الشروط المتفق عليها [١]
٦- يتسلم طالب التمويل مبلغ التمويل كاملاً أو مقسطاً حسب الاتفاق ويقوم بالعمل في المشروع ، وفي نهاية المشروع يعمل البنك ميزانية تصفية للعملية واستخلاص النتائج من هذا التمويل .

ثالثاً : ثم يعلن البنك للعموم نسبة الأرباح المتحققة التي تختص بها مجموع الأموال الداخلة في الاستثمار المشترك ، ويستوفي البنك بصفته مضارباً مشتركاً النسبة الباقية بعد تنزيل المخصص المعلن للمستثمرين ، كما يكون له حق المشاركة في أرباح الاستثمار المشترك بنسبة ما يدخله من موارده الخاصة [٢] .

نلاحظ من خلال تطبيق البنك الإسلامي الأردني لعقد المضاربة أنه يحوز رأس المال بصفته مضارباً ، كما أن طالب التمويل أيضاً يحوز رأس المال ، ولكن تطبيق البنك الإسلامي لمثل هذا النوع من العقود محصور في نطاق ضيق يكاد ينعدم لأنه يشترط في طالب التمويل الثقة والأمانة ، لأن المضارب أمين على رأس المال ، وهذه الصفة لا يستطيع البنك أن يضمنها في طالب التمويل[٣] ، كما أن مبالغ التمويل غالباً ماتكون مرتفعة جداً ، لذلك يقلل البنك الإسلامي الأردني من العقود التي يجريها في هذا المجال، إذ بلغ مجموع استثمارات البنك الإسلامي الأردني في قطاع تمويل المضاربة والمشاركة عام ١٩٩٢م (١٩. ٠ ١٥٤. ٦) ديناراً أردنياً، أي ما نسبته ٣٪ من مجموع الاستثمارات . وفي عام ١٩٩٣م بلغ مجموع استثمارات البنك في هذا

(١) للاطلاع على عقد المضاربة المطبوع والمعمول به في البنك الإسلامي، أنظر الملحق رقم (١) ص١٧٢من هذا البحث.

(٢) نصت المادة (١٩) من قانون البنك الإسلامي الأردني على أنه «يحظر على البنك أن يعتمد - في حساب الإيرادات الربحية المتصلة بأعمال التمويل والاستثمار التي يمارسها - على أي نظام مبني على طريقة حساب الربح المقدر أو الإيراد المفترض». (قانون البنك الإسلامي الأردني ، ص١٢)

(٣) مقابلة شخصية لمسؤول الاستثمار في البنك الإسلامي الأردني ، الفرع الرئيسي، الشميساني ، بتاريخ ١٩٩٤/١٠/٢٠.

القطاع (٨،٥٣٦،٩٩٦) ديناراً أردنياً أي ما نسبته ٣٪ أيضاً من مجموع الاستثمارات [١] . كما أن هذا النوع من الاستثمارات يعتبر من الاستثمارات طويلة الأجل ، والبنك الإسلامي يهتم بالاستثمارات قصيرة الأجل «وذلك لأنه لا يستطيع حتى الآن الاستفادة - كما تستفيد المصارف الأخرى - من التسهيلات التي يقدمها البنك المركزي كملجأ أخير لتلك البنوك عند الحاجة الى السيولة السريعة ... ويأمل البنك الإسلامي أن تتاح له فرصة المساواة مع البنوك الأخرى ليتمكن من توجيه استثماراته نحو متطلبات التنمية ولمدد أطول مما هو مطبق حالياً وتجنباً لاستمرار تعطيل نسبة عالية من سيولته بسبب ذلك »[٢].

ويتحمل البنك - باعتباره مضارباً مشتركاً - الخسائر الناتجة عن أي سبب موجب لتضمينه شرعاً كحالات التعدي والتفريط الناشئة عن تصرفات أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين أو الموظفين وسائر العاملين في البنك . ويعتبر في حكم التفريط الذي يُسأل عنه البنك أيضاً حالات التلاعب وإساءة الأمانة والتواطؤ مع الآخرين، وما إلى ذلك من صور الخروج عن حدود العمل الأمين في إدارة المضاربة المشتركة التي يقوم بها البنك ، وتنزّل الخسائر الواقعة دون تعد أو تفريط من مجموع ما يتحقق من أرباح السنة التي تحقق فيها الخسارة ، وينزّل ما يزيد عن مجموع الأرباح المتحققة فعلاً في السنة المعينة من حساب الاحتياطي المخصص لمواجهة الاستثمار[٣] .

---

(١) البنك الإسلامي الأردني : التقرير السنوي الخامس عشر ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م ، ص٤٤ .

(٢) موسى عبد العزيز شحادة : تجربة البنك الإسلامي الأردني . بحث مقدم إلى ندوة خطة استراتيجية الاستثمار في البنوك الإسلامية : الجوانب التطبيقية والقضايا والمشكلات . المؤتمر السنوي السادس للمجمع الملكي لبحوث الحضارة ، مؤسسة آل البيت ٢٢ - ٢٥ شوال ١٤٠٧هـ ، ص١٠-١١ . وسيشار له فيما بعد هكذا (موسى عبد العزيز شحادة : تجربة البنك الإسلامي الأردني).

(٣) المادة (٢٢) من قانون البنك الإسلامي الأردني ، ص ١٣- ١٤ (مرجع سابق) .

الفرع الثاني :(عقد الصرف)[1]

يتعامل البنك الإسلامي الأردني بالصرف من خلال بيع وشراء العملات الأجنبية على أساس السعر الحاضر [2] الذي يحدده البنك المركزي حيث يقوم البنك المركزي بإصدار نشرة يومية تتضمن أسعار بيع وشراء العملات ، وتكون هذه الأسعار ملزمة للبنوك [3] .

تطبيقات البنك الإسلامي الأردني لعقد الصرف

تطبيقات البنك الإسلامي للصرف خاضعة للضوابط الشرعية التي تحدد شروط الصرف[4] . فالعميل إذا أراد إبرام عقد الصرف مع البنك الإسلامي الأردني يأتي مباشرة إلى الصندوق حيث يسلم نقوده (من الدنانير مثلاً) ليتسلم العملة المطلوبة من الجنس الآخر ، فهنا يتم التقابض في مجلس العقد ويكون الصرف حالاً ومنجزاً .

وقد يكون الصرف بالحساب حيث يتسلم المودع إيصال الإيداع الذي يحمل تاريخ اليوم الذي تمّ فيه الإيداع ، ويقوم البنك الإسلامي الأردني بقيد القيمة المعادلة للعملة الأجنبية - بحسب سعر يوم الإيداع - بحساب العميل لديه بالعملة المحلية [5] وهذا قبض لأن فيه تعييناً لحق العميل تجاه المصرف .

---

(١) سبق وبحثنا كل ما يتعلق بالصرف من الناحية الفقهية . أنظر ص(٦٥) وما بعدها من هذا البحث .

(٢) قانون البنك الإسلامي الأردني ، ص ٧ (مرجع سابق) .

(٣) مقابلة شخصية مع مدير البنك الإسلامي الأردني ، فرع إربد ، شارع بغداد بتاريخ ١٣/١٠/١٩٩٣.

(٤) نصت المادة رقم (٥) من قانون البنك الإسلامي الأردني على أنة «يكون التزام البنك باجتناب الربا -في الأخذ والإعطاء- التزاماً مطلقاً في جميع الأحوال والأعمال، وتكون الأنظمة واللوائح والتعليمات الصادرة في البنك - خلافاً لموجبات هذا الالتزام - غير نافذة في حق البنك له أو عليه» . (قانون البنك الإسلامي ، ص٦).

(٥) مقابلة شخصية مع مدير البنك الإسلامي الأردني ، فرع إربد ، شارع بغداد بتاريخ ١٣/١٠/١٩٩٣.

ولو كان للعميل حسابان بأن كان أحدهما بالدينار الأردني والآخر بالدولار ، وأراد أن يصارف من أحدهما ليضيفه للآخر ، فإنه يأمر البنك بإجراء القيود بالمصارفة بسعر يوم التنفيذ[1] ، فتكون العملية تبديل دين بدين مما يشبه مصارفة الدين بالدين ، وهذه العملية جائزة عند «مالك» و «أبي حنيفة»[2]، فقد أورد «ابن رشد» الخلاف في مسألة الصرف بين دينين في ذمة المتصارفين فقال : «واختلفوا في الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنانير، وللآخر عليه دراهم، هل يجوز أن يتصارفاهما وهي في الذمة ؟ فقال مالك : ذلك جائز إذا كان قد حلاً معاً. وقال أبو حنيفة : يجوز في الحالّ وغير الحالّ . وقال الشافعي والليث[3] : لا يجوز ذلك حلاً أو لم يحلاّ»[4]

هذا ومن الجدير بالإشارة إلى أن سير المصارف على نظام القيد المزدوج في إجراء القيود لا يسمح للمصرف إلا أن يجري العملية بشقيها في كل حال ، لأن كل قيد دائن لا بد أن يقابله قيد مدين ، وهذا أمر معروف ومتفق عليه في علم المحاسبة[5]

ويشبه ذلك ما تقوم به المصارف مما يسمى « الترجيح وهي - في نطاق الصرف - تنطوي على شراء عملات أجنبية من سوق (لندن مثلاً) لبيعها في سوق آخر (نيويورك) بهدف ربح فرق السعر بين المركزين (إن وجد ذلك الفرق). وتتم العملية على أساس السعر الحاضر وتقيد الحقوق دفترياً، كما لو كانت عملية صرف لعميل له لدى المصرف حسابان أو أكثر بأنواع مختلفة من العملات، وفي ضوء ذلك

---

(١) سامي الحمود : تطوير الأعمال المصرفية ، ص٣١٦ - ٣١٧ . (مرجع سابق).

(٢) هو أبو حنيفة النعمان بن ثابت التيمي الكوفي (٨٠هـ - ١٥٠هـ) . إمام الحنفية ، الفقيه المحقق . أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة . قيل أصله من أبناء فارس، ولد ونشأ بالكوفة ، وكان يبيع الخز ويطلب العلم في صباه ، ثم انقطع للتدريس والإفتاء. عُرض عليه القضاء مرتين فرفض ورعاً فحُبس حتى مات. من كتبه (المسند، والمخارج، والفقه الأكبر) وغيرها . (الزركلي : الأعلام ، ج٩ ص٤ - ٥).

(٣) هو أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي (٩٤هـ - ١٧٥هـ) . إمام أهل مصر في عصره حديثاً وفقهاً . أصله من خراسان ، ومولده في قلقشندة ، ووفاته في القاهرة . (الزركلي : الأعلام ، ج٦ ص١١٥) .

(٤) ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ص٢٠٠ . (مرجع سابق) .

(٥) سامي الحمود : تطوير الأعمال المصرفية ، ص٣١٧ . (مرجع سابق) .

فإن أعمال الترجيح - للاستفادة من فروق الأسعار بين مراكز العملات الأجنبية في الأسواق العالمية - مقبولة في موازين النظر الفقهي الإسلامي باعتبار أنها أعمال صرف حاضرة مع التقابض الحسابي المتبادل»[1]

وهكذا يتبين أن القبض في بيوع الصرف لا يمثل مشكلة بالنسبة للعمل المصرفي المراعى فيه الخضوع لضوابط الشريعة الإسلامية ، وذلك لأن التقابض - سواء أكان يدوياً أم حسابياً (بالقيود الدفترية) - مبني على إثبات الحق المنجز بالنسبة للطرفين المتصارفين .

الفرع الثالث : (عقد القرض الحسن)[2]

البنك الإسلامي الأردني يقدم القرض الحسن بطريقة الإقراض المبسط لثلاث فئات هم : الشباب المقبلون على الزواج ، والمرضى ، وطلبة العلم ، وتتراوح قيمة القرض من مائة دينار إلى خمسمائة بناء على قرار اللجنة المختصة بذلك لدى كل فرع من فروع البنك .

وقد بلغ رصيد حساب صندوق القرض الحسن في نهاية عام ١٩٩٣ حوالي (٥٠) ألف دينار، ومن المعلوم أن البنك يقبل الودائع في هذا الحساب من الراغبين في إقراضها عن طريق البنك كقروض حسنة لغايات اجتماعية، وقد بلغ إجمالي القروض الحسنة التي تم منحها في عام ١٩٩٣ من الصندوق ومن الأموال التي خصصها البنك لهذه الغاية حوالي (١.٥) مليون دينار، استفا د منها (٤٢٣٥) مواطناً، مقابل (١.٢٨) مليون دينار في عام ١٩٩٢ كان قد استفاد منها (٣٩٦٢) مواطناً [3].

---

(١) المرجع السابق ، ص٣١٧ .

(٢) سبق وبينت معنى القرض وحكمه وكل ما يتعلق به من أمور تهم بحثنا هذا . أنظر ص(٥٦) وما بعدها من هذا البحث .

(٣) البنك الإسلامي الأردني : التقرير السنوي الخامس عشر، ص١٥-١٦ . (مرجع سابق).

وللحصول على القرض الحسن من البنك الإسلامي الأردني يتبع العميل الخطوات التالية [1]:

أ- يتقدم العميل بطلب خطي[2] للبنك طالباً مبلغاً من المال كقرض حسن ، يوضح في هذا الطلب قيمة القرض ، والغاية منه ، ومدة السداد وحالة العميل المادية ، وأسماء الكفلاء .

ب- تدرس اللجنة المختصة الطلب من جميع جوانبه وتشمل الدراسة ما يلي :

١- الحالة المقدمة

٢- مقدرة العميل علي السداد من خلال دخله المثبت

٣- حالة الكفلاء

٤- كفاية رصيد القرض الحسن

وبعدها تقرر هل تعطي العميل القرض أم لا ؟ فإن قررت الموافقة على إعطائه المبلغ تبلغه بذلك .

جـ- يوقع العميل على كمبيالات بقيمة المبلغ المطلوب وحسب مدة السداد ثم يتسلم المبلغ .

نلاحظ من خلال التطبيق العملي في البنك الإسلامي الأردني للقرض الحسن أن قبض المال المُقْرَض يتم من قبل العميل وبذلك تتم الحيازة التي هي شرط لنقل ملكية المال المقرض [3] ولزوم القرض [4]

---

(١) مقابلة شخصية مع مدير الاستثمار في البنك الإسلامي الأردني / فرع إربد ، شارع بغداد ، بتاريخ ١٣/١٠/١٩٩٣.

(٢) للاطلاع على طلب القرض الحسن المعمول به في البنك الإسلامي، أنظر الملحق رقم (٢) ص ١٧٥ من هذا البحث.

(٣) لمعرفة أقوال الفقهاء في مدى اشتراطهم الحيازة لنقل ملكية المال المُقرض انظر ص (٥٧) وما بعدها من هذا البحث.

(٤) لمعرفة أقوال الفقهاء في مدى اشتراطهم الحيازة في لزوم القرض انظر ص (١٠٤) وما بعدها من هذا البحث .

المطلب الثاني:(العقود التي يمارسها البنك الإسلامي ولا تشترط فيها الحيازة)

كثيراً ما يطرأ خلاف بين العلماء في القضايا الفقهية التي يترجّح عند التطبيق جانباً منها، وهذا ما يحصل خلال تعاملات البنك الإسلامي الأردني، الذي نجده يرجّح بعض الآراء الفقهية فيها، حيث نراه يتعامل مع بعض العقود من غير اشتراط للحيازة ومنها [1] :

١- عقد مرابحة للآمر بالشراء

٢- عقد مشاركة متناقصة

٣- عقد المشاركة بالأرباح

نفرد لكل عقد منها فرعاً مستقلاً .

الفرع الأول : (عقد المرابحة للآمر بالشراء)

قبل الحديث عن تطبيقات البنك الإسلامي الأردني لعقد المرابحة للآمر بالشراء، لا بد من تصور هذا العقد من خلال تعريفه ومشروعيته، وبعض الأمور المتعلقة به.

أولاً: تعريف المرابحة

المرابحة لغة : من مادة « ر ب ح » « والرِّبْح والرَّبْح والرباح : النماء في التجر. وهو اسم ما ربحه ، يقال : ربح فلان ، وهذا بيع مربح ، إذا كان يربح فيه . وأربحته على سلعته أي أعطيته ربحاً » [2]. «والمرابحة من الربح وهي مصدر لرابح

---

(١) انظر قانون البنك الإسلامي الأردني، اختصاصات البنك ، ص٧-٨ . (مرجع سابق).
- والفتاوى الشرعية ، الجزء الأول . نشرة إعلامية رقم (٤) ، ص٢١-٢٤ . (مرجع سابق).

(٢) ابن منظور : لسان العرب ، ج٩ ص١٨٩ - ١٩٠ . (مرجع سابق).

من باب المفاعلة بمعنى النماء والزيادة ، يقال : رابحته على سلعته : أعطيته ربحاً »[1] «وبيع المرابحة : هو البيع برأس المال مع زيادة معلومة »[2].

وأما المرابحة اصطلاحاً : فقد أطلق الفقهاء لفظ المرابحة بما يناسب المعنى اللغوي ، أي بمعنى الفضل والزيادة ، فعرفوا بيع المرابحة بأنه « بيع بمثل رأس مال المبيع مع زيادة ربح معلوم »[3].

ثانياً : مشروعية عقد بيع المرابحة

اتفقت كلمة الفقهاء على مشروعية عقد بيع المرابحة ، واعتمدوا على النصوص والقواعد العامة التي أحلّت البيع من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع .

من ذلك قوله تعالى « وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا »[4] وقوله صلى الله

---

(١) الفيروز آبادي : القاموس المحيط ، ج١ ص ٢١٩ - ٢٢٠ . (مرجع سابق) .

(٢) مجمع اللغة العربية المصري : المعجم الوسيط ، ج١ ص٣٢٢ . (مرجع سابق) .

(٣) د. أحمد علي عبد الله : المرابحة أصولها وأحكامها وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية . الدار السودانية للكتب ، الخرطوم ، الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ = ١٩٨٧ م ، ص٢٢. وسيشار له فيما بعد هكذا (أحمد علي عبد الله : المرابحة أصولها وأحكامها وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية) .
وانظر في كتب الفقه مايلي :
- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٥ ص٢٢٠. (مرجع سابق).
- التمرتاشي : تنوير الأبصار ، ج٥ ص١٣٢-١٣٣. (مرجع سابق).
- ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ص ١٦١. (مرجع سابق).
- الدردير : الشرح الكبير مع الحاشية ، ج٣ ص ١٥٧ . (مرجع سابق).
- الشيرازي : المهذب ، ج١ ص٢٩٥ . (مرجع سابق).
- ابن قدامة : الشرح الكبير على المقنع ، ج٢ ص ٢٩٢ . (مرجع سابق).

(٤) سورة البقرة ، آية رقم (٢٧٥) .

عليه وسلم «إنما البيع عن تراض »[1] وقوله «... إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد »[2] .

وأما الإجماع فيُستشف من قول « ابن قدامة » : « معنى بيع المرابحة هو البيع برأس المال وربح معلوم ، ويُشترط علمهما برأس المال فيقول رأس مالي فيه أو هو عليّ بمائة بعتك بها وربح عشرة ، فهذا جائز لا خلاف في صحته ولانعلم فيه عند أحد كراهة »[3].

ثالثاً : بيع المرابحة للآمر بالشراء

أشار بعض العلماء إلى نوع آخر من أنواع المرابحة غير المرابحة للآمر بالشراء، حيث هو مأخوذ من الهدف العام من البيوع، إلا أن بيع المرابحة المعروف قديماً والمعمول به حديثاً هو بيع المرابحة للآمر بالشراء.

وصورة بيع المرابحة للآمر بالشراء تتلخص في أن يطلب أحد المتعاقدين من الآخر أن يشتري سلعة مسماة وموصوفة، ثم يعده بشرائها منه بثمنها وزيادة ربح معلوم ، يقوم المأمور- في حالة الاتفاق المبدئي - بشراء السلعة المطلوبة وفقاً لمواصفاتها أو بعينها ثم يعرضها على طالبها بتكلفتها على المأمور وزيادة ربح مسمى، وهو ما اتفقا عليه ابتداء ، فإذا قبل الطالب هذا العرض انعقد البيع مرابحة بين الطرفين . والطرف الذي يطلب السلعة يسمى بالطالب أو الآمر بالشراء باعتبار أنه الذي يطلب السلعة ويأمر الطرف الثاني بشرائها . والطرف الثاني يسمى بالمطلوب منه أو المأمور، وذلك لأن طلب الطرف الأول وأمره يتوجه إليه وهو الذي يختار تنفيذه أولاً .

---

(١) ابن ماجة ، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٣هـ) : سنن ابن ماجة . المكتبة العلمية ، بيروت ، دون طبعة وتاريخ ، ج٢ ص ٧٣٧. وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن ماجة : سنن ابن ماجة) .

(٢) رواه مسلم . انظر الإمام مسلم : صحيح مسلم بشرح النووي ، ج١١ ص ١٤ ، حديث رقم (١٥٨٧) . (مرجع سابق).

(٣) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص ٢٥٩ . (مرجع سابق).

وهذه الصورة تضمنت أمرين:

الأمر الأول : وعد بالشراء.

الأمر الثاني : بيع مرابحة[1]

والمرابحة للآمر بالشراء أدخلتها البنوك الإسلامية ، وتولت القيام بها كصورة من صور الاستثمار المعاصر[2] . ولكن كون مصطلح بيع المرابحة للآمر بالشراء قد عُرف حديثاً لا يعني أن هذا النوع من البيع قد بدأت ممارسته مؤخراً وأنه لم يكن معروفاً لدى المتقدمين ، فالصحيح أن البيع قديم عالجه الفقهاء ومارسه المسلمون منذ القدم ولكن تحت مسميات عدة وهي بيوع الآجال في الجملة . يقول الإمام «الشافعي» : « وإذا أرى الرجلُ الرجلَ السلعة فقال اشتر هذه وأُربحُك فيها كذا ، فاشتراها الرجلُ ، فالشراء جائز ، والذي قال أربحك فيها بالخيار، إن شاء أحدث فيها بيعاً ، وإن شاء تركه ، وهكذا إن قال اشترِ لي متاعاً ووصفه له ، أو متاعاً أي متاع شئت وأنا أربحك فيه فكل هذا سواء يجوز البيع الأول ويكون هذا فيما أعطى من نفسه بالخيار ، وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال أبتاعه وأشتريه منك بنقد أو دين يجوز البيع الأول ويكونان بالخيار في البيع الآخر ... »[3] .

---

(١) عبد الحميد السائح : أحكام العقود والبيوع في الفقه الإسلامي . من منشورات البنك الإسلامي الأردني ، نشرة إعلامية رقم (٣) ، ص١٦ . وسيشار له فيما بعد هكذا (عبد الحميد السائح : أحكام العقود والبيوع)

(٢) أول من اقترح استخدام هذا المصطلح في البنوك الإسلامية د. سامي الحمود ، في رسالته للدكتوراه بعنوان (تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية) ، وكتب في مشروعيتها وناقش أدلتها د. يوسف القرضاوي ، ثم كتب فيها من الناحية الفقهية المقارنة د. عبد الحميد البعلي مستشهداً بتعريفاتها وأدلتها الفقهية على المذاهب الأربعة . ثم كتب في هذا الموضوع من حيث الجوانب التطبيقية التي عملت بها البنوك الإسلامية وتناول جميع قضاياه ومشكلاته جملة من الباحثين في ندوة عقدت بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب والبنك الإسلامي للتنمية بجدة والمجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية - مؤسسة آل البيت - من تاريخ ٢٠ - ٢٥ شوال ١٤٠٧ هـ الموافق ١٦ - ٢١ حزيران ١٩٨٧ م .حيث ناقش الباحثون فيه عدة قضايا إجرائية وتنفيذية معقدة ارتبطت بهذا العقد واختصت بشكليته ذلك لأنه أسلوب مستحدث ثم نقله من الأسلوب المبسط إلى الأسلوب المركب المعقد ، ثم اشتمال العقد على عقود خارجية تخص عمليات الاستيراد والتصدير . (البنوك الإسلامية وعلاقتها بالسياسة النقدية والمصرفية لجمال الدين زغنون ، رسالة ماجستير غير مطبوعة جامعة اليرموك ، كلية الشريعة ، ١٤١٣ هـ = ١٩٩٣م ، ص ١٧٢) .

(٣) الشافعي : الأم ، ج٢ ص٣٩ . (مرجع سابق) .

يتبين لنا من النص السابق أن للشخص أن يطلب من آخر أن يشتري له سلعة مسماة موصوفة ، ويعده بأنه إذا ما نفذ طلبه سيربحه في السلعة قدراً مسمى ، وعند اتمام البيع الأول يكون الطالب بالخيار في أن يجعل من وعده عقداً ملزماً، كما له العدول عنه . وهذا أحد الآراء في لزوم الوعد .

فالمتتبع لقضية الوعد بالشراء في بيع المرابحة للآمر بالشراء يرى أن الوعد يتراوح مداه في هذه القضية - كما يجري في البنوك الإسلامية - بين الإلزام للطرفين ديانه وقضاء وبين الإلزام ديانة دون القضاء ، وبين عدم الإلزام ديانة وبالتالي قضاء ، واتجهت الخلافات إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : إن الوعد غير ملزم للعميل والمصرف .
الرأي الثاني : إن الوعد ملزم للمصرف فقط .
الرأي الثالث : إن الوعد ملزم لكل من العميل والمصرف .[1]

ويأتي التطبيق العملي في البنوك صدى لهذه الآراء ، فأغلب البنوك الإسلامية تبرم عقد الوعد ولا تكتفي بطلب الشراء لأنها اخذت بالرأي القائل بلزوم الوعد. وبعضها أخذت بالرأي القائل بعدم اللزوم فاكتفت بطلب الشراء.

وإن سبب هذا الاختلاف أن موضوع المرابحة في الأصل دخلت عليه مسائل اجتهادية لم يرد فيها نص شرعي قاطع وبالتالي فإن الاستدلال بقول « الشافعي » - من حيث التخيير وغير ذلك - اجتهاد صدر في ظروف معينة ، يقول د. القرضاوي: «ومن يدري لعل الإمام الكبير (الشافعي) لو رأى ما يترتب اليوم على اعطاء الخيار لطالب الشراء في الصفقات الكبيرة من الأضرار والخسائر لغيّر اجتهاده دفعاً للضرر، وتجنباً لأسباب النزاع بين الناس »[2] .

---

(١) للتفصيل حول هذا الموضوع ، ومعرفة أصحاب الآراء وأدلتهم انظر :
- د. يوسف القرضاوي : بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية ، ص٨٧ وما بعدها .(مرجع سابق).

(٢) د. القرضاوي : بيع المرابحة للآمر بالشراء ، ص٥١ . (مرجع سابق) .

والرأي الراجح لدى الفقهاء المعاصرين هو الرأي الثالث الذي نص على لزوم الوعد ، لأن هذا الرأي تؤيده العديد من الحجج والأدلة الشرعية[1] وللأسباب التالية :

١- إن الإلزام بالوعد لا يخالف نصاً شرعياً .

٢- إنه لايعطل حكماً شرعياً قائماً .

٣- إن الإلزام بالوعد يدور في فلك مقاصد الشريعة الداعية إلى المحافظة على المال ، وإزالة الضرر ، والحد من المنازعة بين الأفراد ، وتحريم الضرر أو الغبن .

٤- إن الوفاء بالوعد من القواعد الأصولية التي أمرت بها الشريعة الإسلامية .

٥- إن هناك من الآراء للفقهاء - كابن شبرمة [2]- قضت بالوفاء بالوعد وإلزامه في المعاملات ديانة وقضاء .

٦- إن تحقيق مبدأ التراضي من أهم مرتكزات عقود المعاملات ، وحيث أن الطرفين تراضياً على الإلزام بالوعد ، فإنه ينفذ طالما لم يتفقا على ما يخالف نصاً شرعياً وأن هذا الالتزام لا ينافي مقصود العقد [3] .

ومن البنوك التي أخذت بمسألة الإلزام بالوعد البنك الإسلامي الأردني[4]، وبه أخذ القانون المدني الأردني . ولذلك جاء في المادة (٢٥٤) منه « أن الوعد يلزم صاحبه مالم يمت أو يفلس ». وقد نص قرار مؤتمر المصارف الإسلامية الثاني المنعقد بالكويت على « أن الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات ، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل ، سواء أكان الإلزام للآمر ، أو للمصرف أو لكليهما. والأخذ بالإلزام مقبول شرعاً ، وكل مصرف مُخيّر بالأخذ بما يراه في مسألة القول بالإلزام وفق ما تراه هيئة الرقابة الشرعية » [5].

---

(١) د. محمد عبد الحليم عمر : التفاصيل العملية لعقد المرابحة في النظام الإسلامي ، بحث مقدم إلى ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ، عمان ، المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية ، مؤسسة آل البيت ، ١٩٨٧، ص١٩١ . وسيشار له فيما بعد هكذا (محمد عبد الحليم عمر ، التفاصيل العملية لعقد المرابحة في النظام الإسلامي) .

(٢) هو أبو شبرمة عبد الله بن شبرمة (٧٢ هـ - ١٤٤ هـ) . من فقهاء التابعين من ماصري الإمام أبي حنيفة ، قال حماد بن زيد : ما رأيت كوفياً أفقه من ابن شبرمة . (الشيرازي : طبقات الفقهاء ، ص٨٥)

(٣) د. محمد عبد الحليم عمر : التفاصيل العملية لعقد المرابحة في النظام الإسلامي ، ص ١٩١ - ١٩٢ . (مرجع سابق) .

(٤) انظر البنك الإسلامي الأردني : الفتاوى الشرعية ، الجزء الأول ، ص٧١ - ٧٢ . (مرجع سابق).

(٥) مؤتمر المصارف الإسلامية الثاني المنعقد في الكويت ١٤٠٣ هـ = ١٩٨٣ م .ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ، ص ٢٥٢ - ٢٥٣ .وسيشار له فيما بعد هكذا (مؤتمر المصارف الإسلامية الثاني) .

شبهات وردود حول بيع المرابحة

ويرى بعض العلماء أن بيع المرابحة للآمر بالشراء من البيوع التي تدور حولها الشبهات [1] مستدلين على ذلك بعدة أدلة منها :

الدليل الأول : إنه يدخل في بيع ما لا يُملك، أو بيع ما ليس عند البائع، وهو ما يسمى بيع المعدوم، وهو بيع منهي عنه.

فعن حكيم بن حزم قال : يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي أفأبتاعه له من السوق؟ فقال : «لا تبع ماليس عندك»[2]. وعن عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»[3].

الدليل الثاني:إنه يدخل في بيع ما لم يُقبض، وهو بيع ممنوع شرعاً لأن النبي صلى الله عليه وسلم «نهى عن بيع ما لم يقبض»[4].

«والنهي يوجب فساد المنهي عنه، ولأنه بيع فيه غرر لتعرضه إلى الانفساخ بهلاك المعقود عليه» [5].

---

(١) من أشهر هؤلاء العلماء الدكتور رفيق المصري، وقد صرح بذلك في مقالات كثيرة نشرت في مجلة المسلم المعاصر، تحرير الدكتور جمال الدين عطية، الكويت، عدد ٣٥ ، عام ١٤٠٢هـ ، بحث بعنوان : كشف الغطاء عن بيع المرابحة للآمر بالشراء. ومجلة الأمة ، مجلة إسلامية شهرية جامعة ، تصدر في غرة كل شهر عربي من دولة قطر ، عدد ٦١ ، بحث بعنوان : بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية.

(٢) رواه أبو داود. انظر سنن أبي داود ، كتاب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، ج٣ ص٢٨٣ ، حديث رقم (٣٥٠٣). (مرجع سابق).

(٣) المرجع السابق ، ج٣ ص٢٨٣ ، حديث رقم (٣٥٠٤) .

(٤) رواه البخاري. انظر صحيح البخاري وبهامشه فتح الباري ، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك، ج٤ ص٣٤٩ . (مرجع سابق).

(٥) الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤ ص٤٧٤ . (مرجع سابق).

الدليل الثالث :إن هذه المعاملة تدخل تحت النهي عن بيعتين في بيعة. وقد «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة»[1].

ووجه الاستدلال أن هذه المعاملة تتكون من بيعتين كلاهما مبنية على الأخرى، أما الأولى فهي التي تكون بين العميل والمصرف، وأما الثانية فهي التي تكون بين المصرف والبائع الذي يملك السلعة التي طلبها العميل من المصرف، وحصول الأولى متوقف على حصول الثانية، فلو لم يستطع المصرف الحصول على السلعة المطلوبة لما حصل بينه وبين العميل بيع مرابحة، وكذلك فإن الأولى سبب في الثانية، إذ لولا طلب العميل للسلعة من المصرف، لما قام المصرف بشرائها من البائع، وهو معنى قولهم بيعتان في بيعة [2].

الدليل الرابع :إنه يدخل في مضمون بيع الكالىء بالكالىء (أي الدّين بالدّين) وهو بيع نهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم [3] وأجمع الفقهاء على النهي عنه [4].

ووجه الاستدلال بالحديث : أن بيع المرابحة مع الإلزام بالوعد، يُفضي إلى بيع مؤجل البدلين، فلا المصرف يسلّم السلعة في الحال، ولا العميل يسلّم الثمن [5].

---

(١) رواه الترمذي ، وقال عنه حديث حسن صحيح. انظر الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، حديث رقم (١٢٣١)، ج٣ ص٥٣٣ .(مرجع سابق).

(٢) انظر: الشيخ عبد الرحمن عبد الخالق : شرعية المعاملات التي تقوم بها البنوك الإسلامية المعاصرة، بحث منشور بمجلة الجامعة الإسلامية، عدد ٥٩ ص١٠٢ .

- ورفيق المصري : بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية. بحث منشور بمجلة الأمة، عدد ٦١ ص٢٦.

(٣) رواه الدارقطني وصححه الحاكم (انظر : نيل الأوطار ، ج٥ ص١٥٦).

(٤) انظر في كتب الفقه ما يلي :
المرغيناني : الهداية ، ج٦ ص٥٥٠ . (مرجع سابق).
والإمام مالك : الموطأ ، ج٢ ص٦٢٨ . (مرجع سابق).
والدردير : الشرح الكبير ، ج٣ ص٦١-٦٣ . (مرجع سابق).
والشافعي : الأم ، ج٣ ص٣١ . (مرجع سابق).
وابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص١٦٥ . (مرجع سابق).

(٥) انظر المراجع السابقة .

ويمكن إجمال الرد على أدلة هؤلاء واعتراضاتهم بما يلي :

أولاً: ليست المرابحة داخلة في النهي عن بيع الشخص ما ليس عنده، أو ربح ما لم يضمن، لأن المصرف لا يعرض أن يبيع شيئاً، لكنه يتلقى أمراً بالشراء، وهو لا يبيع حتى يملك ما هو مطلوب، ويعرضه على المشتري (الآمر) ليرى ما إذا كان مطابقاً لما وصف.

والمصارف منها ما يتعامل بالمرابحة على أساس الإلزام بالوعد ومنها ما يتعامل بها على أساس عدم الإلزام.

فالمصارف التي تتعامل بالمرابحة على أساس عدم الإلزام بالوعد لا تقع في النهي عن بيع ما لم يملك، لأنه لا يحصل بينها وبين العملاء بيع إلا بعد أن تمتلك المصارف تلك السلعة، ثم يوافق العميل على شرائها مرابحة بمحض إرادته، دون أن يكون للوعد أثر في إتمام عقد المرابحة.

أما المصارف التي تتعامل بالمرابحة على أساس الوعد الملزم، فهي تعتمد على نموذجين : أحدهما للمواعدة، والآخر للمرابحة، ولذا لا تقع في النهي عن بيع ما لم يُملك، لأن هذه المصارف توقّع مع العميل نموذج المواعدة أولاً، ثم يقوم بعد ذلك المصرف بشراء السلعة، ثم يبيعها للعميل ويوقّع معه النموذج الثاني، وهو عقد المرابحة.

ثانياً: أما إن المصرف يبيع الشيء قبل قبضه، فقد ذهب الفقهاء مذاهب عدة في حكم هذا البيع.

فمذهب الشافعية[1] ورواية عن الإمام أحمد[2] : أنه لا يصح بيع المبيع قبل قبضه، سواء أكان منقولاً أم عقاراً، وإن أذن البائع وقبض الثمن. وذلك لحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله: إني أشتري بيوعاً، فما يحل لي منها، وما يحرم عليّ؟ قال:« إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه »[3]، وحديث ابن

---

(١) انظر الشربيني: مغني المحتاج ، ج٢ ص٦٨ . (مرجع سابق).

(٢) انظر ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير ، ج٤ ص٢٢١ . (مرجع سابق).

(٣) الإمام أحمد : المسند ، ج٣ ص٤٠٢ .

عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « لا يحل سلفٌ وبيعٌ، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك »[1]، ومعنى « ربح ما لم يضمن » ربح ما بيع قبل القبض.[2] مثل: أن يشتري متاعاً، ويبيعه إلى آخر قبل قبضه من البائع، فهذا البيع باطلٌ، وربحه لا يجوز، لأن المبيع في ضمان البائع الأول، وليس في ضمان المشتري منه، لعدم القبض[3].

ولحديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى أن تباع السلع حيث تبتاع، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم »[4] والمراد بحوز التجار : وجود القبض، كما في الحديث قبله[5].

ولضعف الملك قبل القبض، لانفساخ العقد بتلفه[6] وهذا هو المعنى الذي علل به الشافعية النهي عن البيع قبل القبض.

وعلل الحنابلة عدم الجواز على هذه الرواية بأنه لم يتم الملك عليه، فلم يجز بيعه، كما لو كان غير متعين، وكما لو كان مكيلاً أو موزوناً[7].

ومذهب الحنفية أنه لا يصح بيع المنقول قبل قبضه ولو كان من بائعيه[8] وذلك للحديث المذكور سابقاً[9] فإنه منهي عن بيع المبيع قبل قبضه. ولأن في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الأول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع، وإذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد، فيتبين أنه باع ما لا يملك، والغرر حرام غير جائز،

---

(١) رواه الترمذي ، وقال: حديث حسن صحيح. انظر سنن الترمذي، ج٣ ص٥٣٥ . (مرجع سابق).

(٢) البهوتي : كشاف القناع ، ج٣ ص٢٤٢ . (مرجع سابق).

(٣) انظر الشوكاني : نيل الأوطار ، ج٥ ص١٨٠ . (مرجع سابق).

(٤) رواه أبو داود في سننه ، ج٣ ص٧٦٥ ، طبعة عبيد دعاس. وصححه ابن حبان (موارد الظمآن ، ص٢٧٤) .

(٥) القليوبي : حاشية القليوبي ، ج٢ ص٢١٢ . (مرجع سابق).

(٦) انظر الرملي : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج٣ ص١٦٢. (مرجع سابق).

(٧) انظر ابن قدامة : المغني مع الشرح ، ج٤ ص٢٢١ . (مرجع سابق).

(٨) انظر ابن عابدين : ردّ المحتار ، ج٤ ص١٦٢ . (مرجع سابق).

(٩) انظر نص الحديث ص١٣٣ من هذا البحث.

لأن النبي صلى الله عليه وسلم «نهى عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر»[1].

ولا يفرق الحنفية في ذلك بين الطعام وبين غيره من المنقولات، وذلك لقول ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله، أي مثل الطعام عندما ذكر الحديث «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه»[2].

وعضد قول ابن عباس ما روي عن ابن عمر قال:« ابتعت زيتاً في السوق، فلما استوجبته، لقيني رجل فأعطاني فيه ربحاً حسناً، فأردت أن أضرب على يده (أي أن أقبل إيجابه وأتفق على العقد) فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفت فإذا زيد بن ثابت رضي الله عنه فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحله، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»[3].

وعدم الصحة هنا يعني: الفساد لا البطلان، وإن كان نفي الصحة يحتملهما، لكن الظاهر عند الحنفية هو الفساد، لأن علة الفساد هي الغرر، مع وجود ركني البيع، وكثيراً ما يطلق الباطل على الفاسد[4].

وأجاز الحنفية بيع العقار قبل قبضه استحساناً، وذلك استدلالاً بعمومات حلّ البيع من غير تخصيص، ولأنه لا يتوهم انفساخ العقد في العقار بالهلاك، بخلاف المنقول، ولأن العقار مقدور التسليم، ولا يرد عليه هلاك إلا نادراً، والنادر لا يعتد به[5]

---

(١) انظر:- المرغيناني : الهداية ، ج٦ ص١٣٥ - ١٣٦ . (مرجع سابق).
- والزيلعي : تبيين الحقائق ، ج٤ ص٨٠ . (مرجع سابق).
وحديث «نهى عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر» أخرجه الإمام مسلم ، ج٣ ص١١٥٣ . طبعة الحلبي.

(٢) رواه البخاري ومسلم. انظر صحيح البخاري وبهامشه فتح الباري ، ج٤ ص٣٤٩ . (مرجع سابق).
وصحيح مسلم بشرح النووي ، ج٣ ص١١٦٠.

(٣) الحديث سبق توثيقه. انظر ص١٣٦ من هذا البحث .

(٤) انظر ابن عابدين : ردّ المحتار ، ج٤ ص١٦٣ . (مرجع سابق).

(٥) انظر:- الزيلعي : تبيين الحقائق ، ج٤ ص٨٠ . (مرجع سابق).
- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٥ ص٢٣٤ وما بعدها . (مرجع سابق).
- المرغيناني : الهداية ، ج٦ ص١٣٧. (مرجع سابق).
- السرخسي : المبسوط ، ج١٣ ص٨ وما بعدها. (مرجع سابق).

ومذهب المالكية أن المحرم المفسد للبيع هو بيع الطعام دون غيره من جميع الأشياء قبل قبضه، سواء أكان الطعام ربوياً كالقمح، أم غير ربوي كالتفاح عندهم.

أما غير الطعام فيجوز بيعه قبل قبضه، وذلك لحديث «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه»[1]. ولغلبة تغير الطعام دونما سواه[2].

لكنهم شرطوا لفساد هذا النوع من البيع شرطين:

أ- أن يكون الطعام مأخوذاً بطريق المعاوضة، أي في مقابلة شيء ، بإجارة أو شراء أو غير ذلك من المعاوضات، فهذا لا يجوز بيعه قبل قبضه. أما لو صارت إليه الطعام بهبة أو ميراث مما ليس أخذه بعوض، فيجوز بيعه قبل قبضه.

ب- وأن تكون المعاوضة بالكيل أو الوزن أو العدد، فيشتريه بكيل، ويبيعه قبل قبضه، سواء أباعه جزافاً أم على الكيل. أما لو اشتراه جزافاً، ثم باعه قبل قبضه فيكون بيعه جائزاً، سواء أباعه جزافاً أم على الكيل.[3]

وعلى هذا فلو اشترى طعاماً كيلاً، لم يجز له بيعه قبل قبضه، لا جزافاً ولا كيلاً. ولو اشتراه جزافاً جاز له بيعه قبل قبضه مطلقاً، جزافاً أو كيلاً.

وفي مذهب الحنابلة روايات متعددة في الممنوع بيعه قبل قبضه من الأموال، سبق بعضها[4]: فروي أنه لا يجوز بيع الطعام وما أشبهه قبل قبضه مطلقاً، سواء أكان مكيلاً أم موزوناً، أم لم يكن كذلك، خلافاً لمالك الذي اشترط فيه الكيل أو الوزن كما قدمنا، وذلك لحديث ابن عباس المتقدم «من ابتاع طعاماً لا يبعه حتى يقبضه»[5].

ولقول الأثرم: سألت أبا عبد الله عن قوله «نهى عن ربح ما لم يضمن» قال: هذا

---

(١) الحديث سبق توثيقه. انظر ص١٣٧ من هذا البحث.

(٢) انظر:- الدردير : الشرح الكبير مع الحاشية ، ج٣ ص١٥١ - ١٥٢. (مرجع سابق).
- ابن جزي : القوانين الفقهية ، ص١٧٠. (مرجع سابق).

(٣) انظر المراجع السابقة .

(٤) راجع فيما تقدم مذهب الشافعي، ففيه رواية عن أحمد. انظر ص١٣٥ من هذا البحث.

(٥) الحديث سبق توثيقه. انظر ص١٣٧ من هذا البحث.

في الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب، فلا يبعه حتى يقبضه[1].

ولقول ابن عبد البر: الأصح أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام، وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم «نهى عن بيع الطعام قبل قبضه» فمفهومه إباحة ما سواه قبل قبضه[2].

ولقول ابن عمر رضي الله عنهما : رأيت الذين يشترون الطعام مجازفةً يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتى يؤوه إلى رحالهم[3].

ولقول ابن عمر رضي الله عنهما:« كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه»[4].

ولقول ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً، فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه[5].

وعلق الشرح الكبير على ذلك بقوله: وهذا (أي حديث من ابتاع طعاماً) يدل على تعميم المنع في كل طعام، مع تنصيصه على البيع مجازفة بالمنع. ويدل بمفهومه على أن ماعدا الطعام يخالفه في ذلك.[6]

وفي رواية **أخرى** : أن ماكان متعيناً، كالصبرة تباع من غير كيل، يجوز بيعها قبل قبضها، وما ليس بمتعين، كقفيز من صبرة، فإنه لا يجوز بيعها قبل قبضها، بل حتى تكال أو توزن. وهذا قريب من قول مالك المتقدم، في جواز بيع ما شري جزافاً، لولا تخصيص مالك المبيع بالطعام.

وفي رواية **ثالثة** : أنه لا يجوز بيع شيء قبل قبضه. وهي التي وافق فيها الإمام الشافعي، كما تقدم.

---

(١) انظر ابن قدامة : المغني مع الشرح ، ج٤ ص١١٦. (مرجع سابق).

(٢) انظر المرجع السابق.

(٣) انظر المرجع السابق.

(٤) رواه الإمام مسلم. انظر صحيح مسلم بشرح النووي ، ج٣ ص١١٦١.(مرجع سابق).

(٥) انظر ابن قدامة : المغني مع الشرح ، ج٤ ص١١٦. (مرجع سابق).

(٦) انظر المرجع السابقة.

ورواية المذهب : أن المكيل والموزون والمعدود والمذروع، لا يصح تصرف المشتري فيه قبل قبضه من بائعه.[1] وهذا مروي أيضاً : عن عثمان بن عفان رضي الله عنه، وسعيد بن المسيب، والحسن والحكم، وحماد بن أبي سليمان، والأوزاعي، وإسحاق.[2]

وبالنظر في هذه الأقوال يتبين لنا أنه إذا كان المبيع طعاماً، فلا يجوز للمشتري التصرف فيه قبل القبض بالإجماع، وإذا كان المبيع عقاراً فيجوزالتصرف فيه قبل القبض عند الجمهور -عدا الشافعية- أما إذا كان المبيع غير الطعام ففيه خلاف فبعضهم أجاز التصرف فيه قبل القبض، وبعضهم منع ذلك.

والرأي الذي اختاره هو رأي المالكية والحنابلة وهو أنه يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه إلا إذا كان المبيع طعاماً، فلا يجوز التصرف فيه إلا بعد القبض.

وذلك لقوة أدلته وسلامتها، ولأن عامة الأحاديث الواردة في النهي عن البيع قبل قبضه كانت تنص على الطعام دون غيره، ولأن الأخذ بهذا الرأي فيه تخفيف على الناس، ورفع الحرج عن معاملاتهم.

والمصرف يكون في حالة تعامله بهذه المعاملة قد رجّح رأي المالكية والحنابلة حيث النهي عندهم عن بيع الطعام قبل قبضه دون سواه.

ثالثاً: يرد على القول (بأن المرابحة المركبة بيعتان في بيعة) بأن تفسير جمهور الفقهاء لحديث بيعتين في بيعة، هو : (أن يقول البائع للمشتري بعتك هذه السلعة بكذا نقداً، أو بكذا نسيئة، فيقبل المشتري هذا العرض دون أن يبين بأي الثمنين اشترى، أو أن يقول : بعتك داري على أن تبيعني فرسك. ومن ثم كان النهي عن بيعتين في بيعة لما يترتب عليه من جهالة وغرر، ولأنه لم يجزم ببيع واحد ولأن الثمن مجهول، إذ أحد العوضين غير معيّن وغير معلوم، حيث صدر العقد بالتردد بين شيئين).

---

(١) المغني : ج٤ ص٢١٧ وما بعدها ، والشرح الكبير في ذيله، ج٤ ص١١٥ ، وكشاف القناع ، ج٣ ص٢٤١.

(٢) المغني ، ج٤ ص٢٢٠ .

وليست المرابحة كذلك ، حيث اشترط الفقهاء لصحتها العلم بالثمن والربح[1]، وأن تكون السلعة محددة بالوصف عندها تخرج عن النهي الوارد في حديث بيعتين في بيعة .

والمرابحة وإن كان فيها بيعان أحدهما بين المصرف والبائع (صاحب السلعة)، وثانيهما بين المصرف والعميل؛ إلا أن هذين البيعين منفصلان، ولا بد لانعقادهما ثلاثة أطراف هي : المصرف والبائع والعميل، بخلاف بيعتين في بيعة، فإنها تكون بين طرفين هما : بائع ومشتر.

ثم إن ما يحصل في المرابحة المركبة هو أولاً مواعدة في البيع، وليس مشارطة، فالصيغة التي تبدأ بها المرابحة هي قول العميل للمصرف : اشترِ، وأنا سوف اشتري منك. وليس أبيعك على أن تبيعني، أو أبيعك بكذا نقداً وبكذا نسيئة.

رابعاً: ويرد على القول (بأن المرابحة تدخل في النهي عن بيع الكالىء بالكالىء) بأن العملية ليست من باب مؤجل البدلين، فالذي يحصل أولاً بين المصرف والعميل يكون وعداً وليس بيعاً، وإنما يحصل البيع عند تملك المصرف السلعة المأمور بشرائها [2].

والمصرف وإن كان يعد العميل ببيع السلعة التي طلبها فإن البيع بصورته الحقيقية لا يتم إلا بعد تملك المصرف لتلك السلعة، ثم يبيعها للعميل، فالمصرف لا يبيع العميل شيئاً ملتزماً في الذمة، وإنما يتعهد للعميل بشراء سلعة موصوفة من مالكها نقداً، ثم يبيعها له بثمن مؤجل أعلى من الثمن الذي اشترى به.

---

(١) انظر في كتب الفقه ما يلي :
- الكاساني : البدائع، ج٥ ص٢٢٠-٢٢١ . (مرجع سابق).
- الدردير : الشرح الكبير مع الحاشية ، ج٣ ص١٥٧ . (مرجع سابق).
- الرملي : نهاية المحتاج ، ج٤ ص١٠٨ . (مرجع سابق).
- ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير، ج٤ ص٢٥٩ . (مرجع سابق).

(٢) انظر القرضاوي : مجلة الأمة ، عدد ٦٤ ، ص١١ .

فالمواعدة جائزة، وبيع السلعة الموصوفة جائزة [1] أيضاً، فلا وجه لاعتبار هذه المعاملة من بيع الكالىء بالكالىء المنهي عنه.

وبعد هذه الردود يترجح لنا جواز بيع المرابحة المعمول به في المصارف الإسلامية شرعاً.

رابعاً : الإجراءات التطبيقية لعقد المرابحة للآمر بالشراء في البنك الإسلامي الأردني

يجري البنك الإسلامي الأردني عمليات المرابحة للآمر بالشراء وفق الإجراءات والخطوات التالية :[2]

١- بيع المرابحة للأفراد في السلع المميزة والقابلة للرهن (السيارات مثلاً) [3]:

تتولى فروع البنك بموافقة الإدارة اختيار العملاء (البائعين) وفق الخطوات التالية :

أ- يقدم المشتري طلب شراء السلعة على أساس المرابحة لفرع البنك . ويوقع العقد مرابحة للآمر بالشراء بعد موافقة البنك على الطلب .

ب- يطلب البنك فاتورة عرض الأسعار من البائع .

جـ- يقدم البائع فاتورة عرض أسعار البيع للبنك .

د- يوافق البنك على الفاتورة بعد التحقق من أنها مطابقة للشروط المقررة ، ويعيدها للبائع .

---

(١) انظر الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ، ج٤ ص٤٦٢ . (مرجع سابق).

(٢) موسى عبد العزيز شحادة : تجربة البنك الإسلامي الأردني . ص٢٠ - ٢٥ . (مرجع سابق) .

(٣) المرجع السابق ، ص٢٠ - ٢١ .

هـ- يشتري البنك البضاعة من الوكيل (أو البائع) بموجب فاتورة رسمية صادرة باسم البنك .

و- يلتزم المشتري بشراء البضاعة مرابحة بالسعر المتفق عليه وذلك بتوقيعه عقد المرابحة الخاص لدى البنك المتضمن ذلك [1].

ز- يتولى البائع بطريق الوكالة تنظيم عقود البيع ، وتنظيم الكمبيالات ، وذلك حسب الفاتورة الموضحة في البند (و) أعلاه وتسجيل السيارة باسم البنك .

حـ- يقدم البائع (الوكيل) المستندات المذكورة للبنك ويقوم البنك بدفع رصيد فاتورة البيع ، واستلام الكمبيالات بعد استكمال الإجراءات اللازمة .

ط- يكفل البائع الكمبيالات المقدمة (إذا كان ذلك من الشروط بين البنك والوكيل) وللبنك عند إتمام العقد الحق في الحصول من المشتري على ضمانات أخرى يراها مناسبة لضمان حقوقه .

ي- يسجل البنك السيارة باسمه لدى دائرة السير .

ك- يبيع البنك السيارة للمشتري مرابحة ويسجلها باسم المشتري (في دائرة السير) وفي ذات الوقت يرهنها لصالح البنك لدى دائرة السير .

ل- يجري تأمين السيارة تأميناً شاملاً لصالح البنك .

٢- شراء الأراضي والعقارات[2]

تطبق على شراء الأراضي والعقارات نفس الإجراءات المتعلقة بالسيارات من حيث التسجيل لدي دائرة الأراضي عند شراء البنك للعقار ، ثم إعادة تسجيله باسم المشتري .

---

(١) للاطلاع علي عقد المرابحة للأمر بالشراء المطبوع والمعمول به في البنك الإسلامي الأردني انظر الملحق رقم (٣) ، ص ١٧٦ من هذا البحث .

(٢) موسى عبد العزيز شحادة : تجربة البنك الإسلامي الأردني ، ص٢١ - ٢٢ . (مرجع سابق).

ومن المهم الإشارة هنا إلى أن تسجيل العقار مرتين ، الأولى باسم البنك كمشتر من البائع ، ثم باسم العميل مشتري الأرض يوجب دفع رسوم تسجيل العقار مرتين مما سبب إعاقة لقيام البنك بمثل هذا التمويل بشكل كبير بسبب ارتفاع هذه الرسوم، وأعاق قيام البنك تمويل الأفراد في الشقق والبيوت [1]. وعليه فاقترح بدلاً من تسجيل العقار أو السيارة مرتين – مرة باسم البنك ومرة باسم العميل – أن يطلب البنك من العميل عمل وكالة للبنك غير قابلة للعزل بدل التسجيل الأول باسم البنك ثم تجرى الإجراءات المختلفة، ويجري البيع والتسجيل لدى دائرة الأراضي أو السير باسم المشتري مباشرة مع رهنها لحساب البنك.

٣- تمويل شراء السلع المشتراة محلياً [2] :

يمول البنك الأفراد في السلع غير القابلة للرهن كالتجهيزات المنزلية وغيرها (أثاث ، غسالات ، ثلاجات ، غرف نوم ...إلخ) وفق الخطوات التالية :

أ- يقدم المشتري طلب شراء السلعة على أساس المرابحة لفرع البنك موضحاً نوع السلعة وأوصافها ، ومصدر توريدها ، وجميع البيانات عنها . ويقوم البنك بدراسة الطلب دراسة شاملة.

ب- إذا وافق البنك على التمويل، يوقع البنك و العميل عقد بيع المرابحة للآمر بالشراء .

جـ- يطلب البنك فاتورة عرض الأسعار من البائع للبضاعة المطلوبة .

د- يقدم البائع فاتورة عرض أسعار البيع للبنك .

هـ- يوافق البنك على الفاتورة بعد التحقق من أنها مطابقة للشروط المقررة ، ومن ثم يعيدها للبائع أو يوجه رسالة للبائع بالموافقة على ما ورد في فاتورة العرض .

و- يشتري البنك البضاعة من البائع بموجب فاتورة رسمية صادرة باسم البنك .

ز- يقوم البنك بدفع قيمة البضاعة حسب فاتورة البيع .

---

(١) المرجع السابق ، ص٢٢ - ٢٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص١١ .

حـ- يلتزم المشتري بشراء البضاعة مرابحة بالسعر المتفق عليه وذلك حسب عقد بيع المرابحة الخاص بذلك ، والموجود لدى البنك والمتضمن ذلك .

ط- يتولى البنك تنظيم الكمبيالات على المشتري حسب شروط عقد المرابحة .

ي- يتولى أحد موظفي البنك الإشراف على عملية استلام البضاعة من البائع ، وتسليمها للمشتري .

ويجري تطبيق هذه الإجراءات على جميع المواد التي تلزم للأفراد أو التجار في عمليات المرابحة الداخلية كشراء الحديد والأسمنت والمواد الغذائية والمواد الخام ، وجميع مستلزمات التجارة .

٤- تمويل المرابحة بواسطة الاعتمادات المستندية [١] والاستيراد.

يجري تمويل البضائع بواسطة الاعتمادات المستندية سواء أكان ذلك لسلع تجارية أو معدات أو مواد خام أو غيرها، مما يستورد من بضائع . وتتلخص عمليات التمويل بهذه الطريقة بمايلي [٢]:

أ- يوقع العميل الآمر بالشراء على عقد الآمر بالشراء ، ثم يوجه أمره إلى البنك لشراء سلعة جاهزة محددة الأوصاف ، ويأمر البنك بشرائها .

ب- يتولى البنك فتح الاعتماد المستندي من المصدر الذي حدده العميل للبضاعة المستوردة .

جـ- يقوم البنك بشراء البضاعة بموجب الاعتماد المستندي من المصدر ، ويدفع قيمتها له .

د - عند ورود المستندات المحددة لملكية البضاعة يجري الاتصال بالعميل طالب

---

(١) الاعتماد المستندي هو تعهد صادر عن البنك (فاتح الاعتماد) بدفع مبلغ معين (قيمة الاعتماد) بناءً على طلب العميل (المستورد) إلى جهة معلومة (المصدر) مقابل مستندات ووثائق مطابقة لنصوص الاعتماد .(سعيد سعد مرحان : الفكر الاقتصادي في الإسلام . بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٨٦م ، ص٢٢٢) .

(٢) موسى عبد العزيز شحادة : تجربة البنك الإسلامي الأردني ، ص٢٤ - ٢٥ . (مرجع سابق) .

الشراء ليقوم بالاطلاع على تلك المستندات ثم يقوم البنك بإتمام عملية البيع ويظهّر بوليصة الشحن تظهيراً ناقلاً للملكية ، ويطلب إلى إحدى شركات التخليص إنهاء المعاملة مع الجمارك ، وتسليم البضاعة إلى العميل .

هـ- عند تظهير البوليصة يقوم البنك باحتساب قيمة البضاعة بالدينار الأردني حسب الشروط المتفق عليها مع المشتري ، ويتم تنظيم كمبيالات بثمن البضاعة مضافاً إليه ربح البنك حسب الشروط المقررة .

ومن الجدير بالذكر أنه إذا وردت مستندات البضاعة مخالفة لشروط الاعتماد أو تبين أن البضاعة عند استلامها من الجمارك بها تلف فإن البنك يتحمل النتائج المتعلقة بذلك ، ويكون العميل مخيراً بين قبول البضاعة أو رفضها . أما إذا تطابقت المستندات والبضاعة مع ما سبق وأمْر المشتري فإنه يُلزم بشرائها حسب العقود الموقعة منه .

كما تجدر الإشارة إلى أن البنك يتولى تكليف بعض الجهات في بلدان المصدر من أجل معاينة البضاعة ، وإرفاق شهادة معها تفيد دقة وصحة المواصفات للبضائع المشحونة بسبب مسؤوليته عن تسليم البضائع للمشتري ومنعاً لشحن بضائع مخالفة للشروط كما يفعل ذلك بعض المصدرين في بعض البلدان .

هذه هي الطريقة التي يتم بها إجراء بيع المرابحة للآمر بالشراء وتطبيقات البنك الإسلامي الأردني لها . وإذا ما راعى البنك والأشخاص هذه الأحكام والتزموا في تنفيذ هذه المعاملة على نماذج العقود المكتوبة في البنك – وقد أُرفق صورة عن هذه العقود – فليس ثمة مأخذ على هذا النوع من البيع .

غير أن بعض العملاء يتخذون من شكل هذا البيع الصحيح وسيلة وحيلة لأكل الربا ، وذلك :

أ- باتفاق الآمر بالشراء مع البائع الذي اشترى منه البنك بحيث يرد له السلعة بعد استلامها من البنك ، ويأخذ منه الثمن الذي دفعه البنك كاملاً أو ناقصاً بدل التواطؤ بين التاجر والآمر بالشراء .

ب- ومن المحتمل من ناحية أخرى أن يتكاسل أو يتواطأ بعض الموظفين في تنفيذ هذا البيع على الوجه المطلوب بحيث يتعاملون في مكاتبهم مع الفواتير فقط ، فيؤدي ذلك الى النتيجة أعلاه .

ومعلوم أن المعاملة لا تصبح إسلامية بمجرد الاسم والشكل وإنما لا بد أن يكون مضمونها إسلامياً ، وإذا جازت الحيلة على بعض الناس فهي لا تجوز على الله ، لذا يجب على البنك الإسلامي أن ينمي الشعور بالمسؤولية ، ويوقظ الحس الديني في موظفيه الكبار والصغار وموظفي الاستثمار على وجه الخصوص حتى يضمن سلامة معاملاته عموماً وبيع المرابحة منها على وجه الخصوص ، وينبغي أن يمارس بيع المرابحة بحيث لا يؤدي إلى محظور شرعي أو إلى شبهة غالباً ، فإن أدى لذلك وجب تقويمه في الحال .

بعد استعراض الخطوات التي يتم فيها عقد المرابحة للآمر بالشراء - كما بينت آنفاً - يتضح أن البنك الإسلامي لا يحوز البضاعة التي يبيعها للعميل ، وإنما يتملكها . وعند بحثنا للعقود التي يشترط فيها الحيازة - في الفصل الثالث - ذكرنا أن المرابحة ليست من العقود التي يشترط فيها الحيازة ، فتتم وتصح دون توقف على حيازة، اللهم إلا إذا كان محل البيع طعاماً يتسارع إليه الفساد ، وهذا ما لا يتعامل فيه البنك الإسلامي الأردني .[1]

وهذا النوع من التمويل له النصيب الأكبر من حجم استثمارات البنك الإسلامي الأردني، حيث بلغ مجموع الاستثمارات في هذا القطاع عام ١٩٩٢م (١٠٨ . ٤٢٦ . ٤١٧) ديناراً أردنياً، أي ما نسبته (٤٤.٦٪) من مجموع الاستثمارات

(١) ورد في الفصل الثالث من اللوائح والتعليمات التطبيقية الخاصة بتعامل البنك الإسلامي الأردني وفقاً لمتطلبات المادة (٢٨-أ) قانون البنك الإسلامي في الفقرة (جـ) ما يلي :
« تكون عمليات المرابحة محددة ضمن الشروط التالية :
أ - أن لا تزيد مدة التسديد عن الحد المقرر من مجلس الإدارة .
ب- أن لا تكون المواد المطلوب شراؤها من النوع القابل للتلف السريع .
جـ- ان يقدم المتعامل في بيوع المرابحة الضمانات الكافية لتسديد ما يلتزم به في المواعيد المتفق عليها » .
(البنك الإسلامي الأردني ، نشرة إعلامية رقم (٤) - الفتاوى الشرعية ، الجزء الأول ١٤١٣هـ = ١٩٩٣م ، ص٢٤) .

الكليـة. وفـي عـام ١٩٩٣م بلـغ مـجـمـوع اسـتـثـمـارات البنك في هذا القطاع (٩١٧ . ٦٨ . ١٣٤) ديناراً أردنياً، أي ما نسبته (٧ . ٤٣٪) من مجموع الاستثمارات [١].

الفرع الثاني : (عقد المشاركة المتناقصة)

الشركة كلمة مشتقة من الفعل شَارَكَ وشَرِكَ وتعني الاشتراك بين اثنين أو أكثر في شيء ما ، سواء أكان الاشتراك ناتجاً عن فعلهما أم غير فعلهما [٢]

والشركة في الاصطلاح « عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في المال وربحه، أو على الاشتراك في ربحه دون الاشتراك في رأس المال ، أو الاشتراك فيما يباع ويشترى دون أن يكون هناك رأس مال لهم يُتجر فيه »[٣]

« ويعتبر التمويل بالمشاركة من أفضل ما طرحته البنوك الإسلامية من أساليب تمويلية ، ومن أهم ما يميزها ويفصلها عن البنوك الربوية ، بل يمكن القول إن المصرف الإسلامي مصرف مشاركة ، إذ أن نظام المشاركة يعتبر مميزاً رئيساً للمصرف الإسلامي حيث يشارك المصرف في الناتج المحتمل إنْ ربحاً أو خسارة » [٤].

وتقوم البنوك الإسلامية باستخدام التمويل بالمشاركة في ثلاثة أنواع[٥] هي :

١- المشاركة من خلال تمويل رأس المال العامل في المشروع ، حيث يقوم البنك بتقويم موجودات الشريك ليحدد حجم التمويل الذي سيقدمه البنك.

---

(١) البنك الإسلامي الأردني : التقرير السنوي الخامس عشر ، ص ٤٤ . (مرجع سابق).

(٢) ابن منظور : لسان العرب ، ج١ ص٤٤٨ . (مرجع سابق) .

(٣) علي الخفيف : الشركات في الفقه الإسلامي ، بحوث مقارنة - دار النهضة ، القاهرة، ١٩٧٨ ، ص١٩-٢٠ . وسيشار له فيما بعد هكذا (علي الخفيف : الشركات في الفقه الإسلامي) .

(٤) د. عبد الحميد الغزالي : التمويل بالمشاركة .مركز الاقتصاد الإسلامي ، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية ، ١٤٠٨ هـ = ١٩٨٨ م ، ص٦٠ . وسيشار له فيما بعد هكذا (عبد الحميد الغزالي :التمويل بالمشاركة) .

(٥) انظر عبد الله العبادي: موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة . القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٢، ص٢٤٩-٢٥٣ . وسيشار له فيما بعد هكذا (عبدالله العبادي: موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة) .

٢- المشاركة الدائمة (الثابتة) وتتلخص في قيام البنك بمشاركة شخص أو أكثر في إحدى المؤسسات التجارية أو غيرها عن طريق التمويل المشترك ، فيستحق كل واحد من الشركاء نصيبه من أرباح ذلك المشروع ، وتكون المحاسبة على الخسائر والأرباح بعد نهاية كل سنة مالية .

٣- المشاركة المنتهية بالتمليك (المتناقصة) وتتلخص في مساهمة البنك الإسلامي في رأس مال شركة أو مؤسسة تجارية أو عقار أو غيرها مع شريك أو أكثر ، ويستحق كل من الشركاء نصيبه من الأرباح بموجب ما يتم الاتفاق عليه بين البنك والشركاء في عقد المشاركة ، مع وعد من البنك أن يتنازل عن حقوقه عن طريق بيع أسهمه إلى شركائه ، والشركاء يعدون بشراء أسهم البنك أو حصة البنك والحلول محله في الملكية ، سواء على دفعة واحدة ، أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها .

ويقتصر تطبيق البنك الإسلامي الأردني على النوع الأخير (المشاركة المتناقصة) والتي تعني «دخول البنك بصفة شريك ممول - كلياً أو جزئياً - في مشروع ذي دخل متوقع ، وذلك على أساس الاتفاق مع الشريك الآخر بحصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل المتحقق فعلاً ، مع حقه بالاحتفاظ بالجزء المتبقي ، أو جزء منه يتفق عليه ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل »[١] ، فالبنك يدخل في المشروع أو الشركة كطرف ممول ، وتنتهي هذه الشركة بتمليك الشريك حصة البنك كاملة عندما يسدد الشريك جميع الأموال التي قدمها البنك في المشروع. وتطبيق البنك الإسلامي لهذا النوع من العقود محصور في نطاق ضيق يكاد ينعدم لنفس الأسباب التي ذُكرت في عقد المضاربة، (وقد ذكرت مجموع استثمارات البنك في هذا القطاع ونسبة المجموع مع عقد المضاربة) [٢]

وأبرز تطبيقات البنك الإسلامي الأردني في المشاركة المتناقصة تكون في المشاريع العقارية مع شركات (قطاع عام أو خاص) أو مع أفراد في عمليات بناء

(١) قانون البنك الإسلامي الأردني ، ص٥ . (مرجع سابق) .

(٢) انظر ص١٢١-١٢٢ من هذا البحث.

وحدات تجارية (مخازن مثلاً) ، وتكون في حالة إذا كان العميل مالكاً للأرض المراد إنشاء المباني عليها، لكنه لا يملك التمويل فيدخل البنك كشريك في هذا العقار، بعد تقويم ثمن الأرض تقويماً مبدئياً حسب سعر العقد المسجل إذا كانت مشتراة حديثاً ، أو حسب السعر السائد في منطقة الموقع، أو طلب خبير محايد في تقويم الأرض.

الإجراءات التطبيقية لعقد المشاركة المتناقصة في البنك الإسلامي الأردني[1]

يجري البنك الإسلامي الأردني عقد المشاركة المتناقصة وفق الخطوات التالية :

١- يقدم العميل (صاحب الأرض) طلب مشاركة متناقصة لإقامة بناء تجاري (مخازن مثلاً) . مرفقاً المعلومات الكاملة عن المشروع والتي تشمل الجدوى الاقتصادية للمشروع ، ومساحة الأرض المقام عليها المشروع، ومكانها ... إلخ.

٢- يدرس البنك المشروع دراسة تفصيلية وتشمل الدراسة :

أ- الجدوى الاقتصادية للمشروع.

ب- التكلفة الإجمالية حتى تمام الإعداد الكامل للمشروع.

جـ- المدة اللازمة لتنفيذ المشروع.

٣- تحال هذه الدراسة إلى جهة استشارية متخصصة لتقديم تقرير عنها، فإذا ما ثبت أن العائد من المشاركة مجزي أقدم البنك على المشاركة بالتمويل واعتبر قيمة الأرض (ملك العميل) بمثابة حصته في المشاركة.

٤- توقع العقود الخاصة بالمشاركة المتناقصة - والموجودة لدى البنك - من قبل الأطراف المعنية بعد أن يقوم الشريك برهن قطعة الأرض لصالح البنك الإسلامي[2].

٥- يحيل البنك التمويل بموجب عطاء إلى أحد المكاتب الهندسية محدداً فيه

---

(١) مقابلة شخصية مع السيد بشير عابدين ، مدير الاستثمار في البنك الإسلامي الأردني ، الفرع الرئيسي، عمان ، بتاريخ ١٩٩٤/١٠/٢٠ . وانظر الفتاوى الشرعية ، الجزء الأول ، ص٣١ - ٣٢ . (مرجع سابق).

(٢) للاطلاع على عقد المشاركة المتناقصة المطبوع والمعمول به في البنك الإسلامي الأردني انظر ملحق رقم (٤)، ص ١٨٠ من هذا البحث .

شروط البناء ، ويقوم البنك بدفع تكاليف المكاتب الهندسية والبناء كلياً حتى استلام المفاتيح ، ويتم الصرف عن الأعمال التي تتم فعلاً بعد اعتماد المستخلص من المهندس المشرف على المشروع.

٦- يقوم البنك بعملية تأجير المخازن باستشارة الشريك ، وتحصيل الإيجار . وهذا الإيجار إما أن يُقسم قسمين : قسم حصة البنك، وقسم حصة الشريك ، ثم يأخذ البنك حصة الشريك كسداد من قيمة التمويل. وإما أن يُقسم ثلاثة أقسام : قسم للبنك ، وقسم للشريك ، وقسم لسداد قيمة التمويل .

٧- يقوم البنك بالتنازل عن عقود الإيجار وملكية العقار لصالح الشريك بعد سداد مبلغ التمويل كاملاً، ويفك رهن العقار، وبذلك يصبح المشروع ملكاً للشريك وحده.

الفرع الثالث :(عقد المشاركة بالأرباح)

أولاً : تعريفه

عقد المشاركة بالأرباح من العقود التي استحدثتها إدارة البنك الإسلامي الأردني في صورة شركة المرابحة وذلك على النحو التالي :

يطلب العميل من البنك الإسلامي أن يمول له شراء بضائع معينة على أساس معرفة العميل بنوع البضاعة وتسويقها ، فيقوم البنك بالشراء حسب المواصفات التي يحددها العميل ثم يتم بيع البضاعة بمعرفة العميل وموافقة البنك ، ويتم تقسيم الربح حسب النسبة المتفق عليها بين البنك والعميل ، والعميل لا يلتزم بتصريف البضاعة ولا يترتب عليه أية مسؤولية مالية فيما إذا عدل عن البيع والتسويق .[1]

(١) البنك الإسلامي الأردني : نشرة إعلامية رقم (٤) . الفتاوى الشرعية ص٣١-٣٢ . (مرجع سابق) .

وهذه الصورة تشكل عقداً بين البنك وبين العميل من نوع جديد لا ينطبق عليه أنه من عقود المضاربة ، ولا من عقود المرابحة ، ولا من عقود أية شركة من الشركات التي تعرّض لها الفقهاء ، وإن كانت تلك الصورة قد تضمنت من المضاربة بعض صفاتها وخصوصاً إذا ساهم العميل في التمويل ، كما أنها تضمنت من المرابحة بعض سماتها .

وإن هذه الوضعية لا تنفي عن العقد أنه شركة قائمة على التجارة والربح، وأن الربح جزء شائع لا نصيب معين . وقد جاء في كتاب « الشرح الصغير » : « أن من أنواع الشركة ما لو جرى بين الطرفين المتعاقدين عقد على عمل بينهما ، والربح بينهما بما يدل عليه عرفاً ، وهذا هو الأصل في جميع أنواع الشركات »[1] ، ويقول شيخ الإسلام « ابن تيميه »[2] : « لقد تنازع المسلمون في المعاملات من المبايعات والمشاركات ونحو ذلك من المعاملات المتعلقة بالعقود والقبوض ، فإن العدل فيها هو قوام العالمين ، ولا تصلح الدنيا والآخرة إلا به ، فمن العدل فيها ما هو ظاهر يعرفه كل أحد بعقله ، كوجوب تسليم الثمن على المشتري ، وتسليم المبيع على البائع للمشتري ، وتحريم الكذب والخيانة والغش ، وإن جزاء القرض الوفاء . ومنه ما هو خفي قد جاءت به الشرائع وشريعتنا أهل الإسلام . وإن عامة ما نهى عنه الكتاب والسنة من المعاملات يعود إلى تحقيق العدل ، والنهي عن الظلم دقه وجله ، مثل أكل المال بالباطل ، وجنسه من الربا والميْسر ، وأنواع الربا والميْسر التي نهى عنها النبي صلى الله عليه وسلم مثل بيع الغرر ، السمك في الماء، والبيع إلى أجل غير مسمى ، وبيع المدلس . وما نهى عنه من أنواع الشركات الفاسدة كالمخابرة[3] بزرع

(١) الدردير : الشرح الصغير ، ج ٣ ص٤٥٦ . (مرجع سابق).

(٢) هو أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي (٦٦١ هـ - ٧٢٨ هـ). ولد في حران وتحول به أبوه إلى دمشق ، فنبغ واشتهر .طُلب إلى مصر من أجل فتوى أفتى بها فقصدها ، فتعصب عليه جماعة من أهلها فسُجن مدة، ثم نُقل إلى الإسكندرية، ثم أطلق فسافر إلى دمشق سنة ٧١٢ هـ ، واعتقل بها سنة ٧٢٠ هـ ، وأطلق ثم أعيد ومات معتقلاً بقلعة دمشق، فخرجت دمشق كلها في جنازته . كان كثير البحث في فنون الحكمة، برع في العلم والتفسير ، وأفتى ودرّس وهو دون العشرين، له تصنيفات كثيرة جداً تبلغ ثلاث مئة مجلد منها (الجوامع، والفتاوى، والإيمان، ومنهاج السنة، والسياسة الشرعية).(الزركلي : الأعلام ، ج٧ ص١٤٠-١٤١).

(٣) المخابرة للأرض مؤاجرتها بالثلث أو الربع ، أو مزارعتها . وقيل هي المزارعة على نصيب معين كالثلث والربع وغيرهما . (أحمد الشرباصي : المعجم الاقتصادي الإسلامي ، ص١٤١).

بقعة معينة من الأرض . ومن ذلك ما تنازع فيه المسلمون لخفائه واشتباهه ، فقد يرى شخص هذا العقد والقبض صحيحاً عدلاً ، وإن كان غيره يرى منه جوراً يوجب فساده ، قال تعالى : (*يا أيُّها الذينَ آمنوا أطيعوا اللهَ وأطيعوا الرسولَ وأولي الأمرِ منكمْ ، فإنْ تنازعتُمْ في شيءٍ فردّوه إلى اللهِ والرسولِ إنْ كنتمْ تُؤمنونَ باللهِ واليوم الآخر ، ذلكَ خيرٌ وأحسنُ تاويلا*) [1] ، والأصل في هذا :

١- أنه لا يحرم على الناس من المعاملات التي يحتاجون إليها إلا ما دل الكتاب والسنة على تحريمها .
٢- ولا يشرع لهم من العبادات التي يتقربون بها إلى الله إلا ما دل الكتاب والسنة على شرعه ... » [2] .

وبناء على ما ذكر سابقاً فإن هذا العقد بهذه الصورة لم يرد نص شرعي بتحريمه ، ولا يوجد فيه - حسب قواعد الشرع الشريف واتجاهاته - ما يستوجب تحريمه ، وليس فيه ظلم أو جهالة أو غرر أو غبن مما يوجب نزاعاً أو يستلزم فساداً .

ثانياً : الإجراءات التطبيقية لعقد المشاركة بالأرباح

يتم عقد المشاركة بالأرباح في البنك الإسلامي الأردني حسب الخطوات والإجراءات التالية :[3]

١- يطلب العميل من البنك أن يمول له - كلياً أو جزئياً - شراء البضائع المعينة ، وذلك على أساس معرفة العميل بنوع البضاعة وتسويقها .

(١) سورة النساء ، آية رقم (٥٩) .

(٢) ابن تيميه ، أحمد بن عبد الحليم الحراني الدمشقي الحنبلي (ت ٧٢٨هـ):مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية . دار عالم الكتب، الرياض ١٤١٢ هـ = ١٩٩١ م ، ج٢٨ ص٣٨٥ - ٣٨٦. وسيشار له فيما بعد هكذا (ابن تيمية : مجموع الفتاوى) .

(٣) مقابلة شخصية مع السيد بشير عابدين ، مدير الاستثمار في البنك الإسلامي الأردني ، الفرع الرئيسي، عمان ، بتاريخ ١٩٩٤/١٠/٢٠ .

٢- يقوم البنك بدراسة الصفقة ، وحالة العميل ، وتتضمن الدراسة :

أ- مقدار الصفقة ، وفترة انتهائها .

ب- نوع السلعة ، ومقدار الطلب عليها .

جـ- السمعة الأدبية والمهنية للعميل ، وخبرته وكفاءته .

٣- توقع العقود من قبل الأطراف المعنية - بعد موافقة البنك على الطلب المقدم - وهذه العقود مطبوعة وموجودة لدى البنك [١] .

٤- يقوم البنك بشراء البضائع حسب المواصفات التي يحددها العميل - وقد يشترك العميل بالتمويل وقد لا يشترك - وتبقى يد البنك على البضاعة إما عن طريق التسجيل الرسمي في حالة السيارات ، أو عن طريق الحيازة المشتركة بحفظ مفاتيح المخزن ، أو إجراء التسليم للشريك على اعتبار أن يده على البضاعة هي يد أمانة وليست يد امتلاك . ويحصل البنك من العميل على كمبيالة (غِب الطلب)[٢] لحفظ ما يسمى سوء الأمانة .

٥- يتم بيع البضاعة بمعرفة العميل وموافقة البنك ، ويتم تقسيم الربح في كل صفقة مباعة حسب النسب المتفق عليها والتي تتراوح من ٣٠٪ - ٥٠٪ للبنك والباقي للعميل .

---

(١) للاطلاع على عقد المشاركة بالأرباح المطبوع والمعمول به في البنك الإسلامي الأردني انظر الملحق رقم (٥)، ص ١٨٤ من هذا البحث

(٢) كمبيالة غِب الطلب هي الكمبيالة التي تدفع فور المطالبة بها .

المبحث الثاني :(الضمانات التي يطلبها البنك الإسلامي الأردني)

الضمانات تعتبر بمثابة حيازة حكمية باعتبار أن الراهن لا يستطيع التصرف بالمرهون بأي نوع من أنواع التصرف إلا بإذن المرتهن، فذلك يعني أنه قد حازه حكماً مقابل ما رهن من أجله، وكذا الضامن والكفيل؛ فبعض ماله محوز لصالح المكفول له، مما يعني أنه محاز حكماً.

تعريف الضمان :

الضمان لغةً :«الالتزام . يقال ضمنت المال وبالمال ضماناً، فانا ضامن وضمين ، التزمته . وضمنته المال : ألزمته إياه »[1]

وأما الضمان اصطلاحاً ، فقد استعمله فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة بمعنى الكفالة . فقال « الشربيني » : « الضمان هو التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه دَيْن أو عين مضمونة »[2] وقال « عليش »[3]: «الضمان : شغل ذمة أخرى بالحق »[4] وقال « ابن قدامة » : « الضمان : ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ، فيثبت في ذمتهما جميعاً ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منها »[5] .

---

(١) ابن منظور : لسان العرب ، ج١٣ ص٢٥٧ . (مرجع سابق) .

(٢) الشربيني : مغني المحتاج ، ج٢ ص١٩٨ . (مرجع سابق) .

(٣) هو ابو عبدالله محمد بن احمد بن محمد عليش (١٢١٧هـ - ١٢٩٩هـ) . فقيه من أعيان المالكية مغربي الأصل ، ولد بالقاهرة وتعلم في الأزهر وولي مشيخة المالكية فيه ، توفي بالقاهرة ، من تصانيفه (مُنح الجليل ، وهداية السالك ، وفتح العلي المالك) . (الزركلي : الأعلام ج٦ ، ص٢٤٤) .

(٤) عليش : منح الجليل ، ج٣ ص ٢٤٣ .

(٥) ابن قدامة : المغني ، ج٤ ص٥٣٤ . (مرجع سابق) .

واستعمل فقهاء الحنفية الضمان بمعنى الالتزام بتعويض مالي عن ضرر الغير، فقد ورد في مجلة الأحكام « الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات »[1].

ولم يكن الضمان من قبل بعيداً عن النشاط التجاري، بل كان هناك عدة أنواع من الضمان، ومن هذه الأنواع :

١- ضمان السوق.

وهو من الكفالات التجارية، قال «ابن تيمية»: «ضمان السوق هو أن يضمن الضامن ما يجب على التاجر من الديون، وما يقبضه من الأعيان المضمونة ... وذلك جائز عند جمهور العلماء»[2]، وورد في مجلة الأحكام العدلية :«يصح ضمان السوق، مثلاً لو ضمن ما يلزم التاجر أو ما يبقى عليه للتجار، أو ما يقبض من الأعيان المضمونة صح الضمان »[3].

٢- ضمان نقص المكيل أو الموزون أو المذروع.

وهذا الضمان أيضاً يتصل بالنشاط التجاري، فقد ورد في مجلة الأحكام العدلية :«يصح ضمان نقص الصنجة[4] أو المكيال أو الذراع، مثلاً لو اشترى موزوناً فشك في الصنجة، أو مكيلاً فشك في نقص المكيال، أو مذروعاً فشك في نقص الذراع، فضمن شخص النقص صح ضمانه، فيرجع المشتري بما نقص، والقول له بيمينه»[5].

---

(١) المادة ٤١٦ من مجلة الأحكام .

(٢) ابن تيمية : مجموع الفتاوى ، ج٢٩ ص٥٤٩ . (مرجع سابق).

(٣) المادة ١٠٩٤ .

(٤) الصنجة :الميزان .(المعجم الوسيط ، ج١ ، ص٤٥٣).

(٥) المادة ١٠٩١ .

٣- ضمان الدرك.

ومن الكفالات التجارية التي كانت شائعة وأجازها الأئمة ضمان الثمن للبائع والمشتري، فالبائع الذي يبيع آجلاً قد يطلب كفيلاً يضمن الثمن الذي في ذمة المشتري، وهذا ضمان الثمن ويسمى أيضاً ضمان الدرك، فقد ورد في المعجم الوسيط «الدرك : التبعة، يقال: ما لحقك من درك فعليّ خلاصه، ومنه ضمان الدرك في الفقه»[1].

وقد نال هذا الضمان (ضمان الدرك) حظه الوافر في كتب الفقه[2]، ويطول الكلام كثيراً إذا أردنا أن نعرض ما جاء في تلك الكتب مفصلاً، فلعل ما سبق يكفي لبيان حقيقته.

وسبب إجازتهم هذا الضمان هو الوثيقة، يقول «السيوطي»:«والوثائق المتعلقة بالأعيان ثلاثة : الرهن والكفيل والشهادة. فمن العقود ما يدخله الثلاثة كالبيع والسلم والقرض. ومنها ما يدخله الشهادة دونهما وهو المساقاة. ومنها ما تدخله الشهادة والكفالة دون الرهن وهو الجعالة. ومنها ما يدخله الكفالة دونهما وهو ضمان الدرك»[3].

فهذه نماذج لكفالات تجارية لا تختلف كثيراً في جوهرها عن الكفالات المصرفية الحديثة، والمصارف تأخذ لنفسها من الضمانات ما يجعل المخاطرة أقل مما كان يتعرض له الكفلاء سابقاً.

---

(١) مجمع اللغة العربية المصري : المعجم الوسيط ، ج١ ص٢٨١ . (مرجع سابق).

(٢) انظر على سبيل المثال في كتب الفقه ما يلي:
- الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٧ ص . (مرجع سابق) .
- الإمام مالك : المدونة الكبرى ، ج٥ ص٢٦٩ . (مرجع سابق).
- الشافعي : الأم ، ج٣ ص٢٠٤ . (مرجع سابق).
- ابن قدامة : المغني ، ج٥ ص٧٦ - ٧٨ . (مرجع سابق).

(٣) السيوطي : الأشباه والنظائر . دار الكتاب العربي ، الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ = ١٩٨٧ م ، ص٤٧٤ .

والضمانات التي يطلبها البنك الإسلامي الأردني من العملاء تختلف، وتتوقف كماً ونوعاً على نوع العقد ، وأسلوب عملية التمويل ، وطبيعة العميل ، فعلى سبيل المثال لا يشترط البنك الإسلامي في عمليات التمويل بالمشاركة والمضاربة الضمانات التي يشترطها في عمليات التمويل على أساس بيع المرابحة .

وهذه الضمانات هي الكفالات والرهن، وسوف نفرد لكل منها مطلباً مستقلاً :

المطلب الأول :(الكفالات)

تعريفها :

الكفالة لغةً : ورد في لسان العرب : « الكافل : العائل ، كَفَلَه يكفُله وكفّله إياه... والكافل : القائم بأمر اليتيم ، المربي له ، وهو من الكفيل الضمين ... والكافل والكفيل : الضامن . والأنثى كفيل أيضاً ، وجمع الكافل كُفل، وجمع الكفيل الكفلاء... وكَفَلَ المال وبالمال : ضمنه . وكَفَلَ بالرجل يَكْفُل كفلاً وكفولاً وكفاله وكَفُلَ وكَفِلَ وتكَفّل بدينه تكفُّلاً ... »[1]

وأما الكفالة اصطلاحاً :« هي ضم ذمة (الكفيل) إلى ذمة (الأصيل) في المطالبة »[2]وفي القانون « هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام »[3].

---

(١) ابن منظور : لسان العرب ،مادة كفل ، ج١١ ص٥٨٨-٥٨٩ . (مرجع سابق).

(٢) ابن نجيم : البحر الرائق ، ج٦ ص٣٢١ . (مرجع سابق) .
وانظر : - المرغيناني : الهداية ، ج٦ ص٢٨٣ . (مرجع سابق)
- وابن الهمام : فتح القدير ، ج٦ ص٢٩٩ . (مرجع سابق)
- و أحمد الشرباصي : المعجم الاقتصادي الإسلامي ، دار الجيل ، بيروت ، ١٤٠١هـ = ١٩٨١م ، ص٣٨٦ وسيشار له فيما بعد هكذا (الشرباصي : المعجم الاقتصادي الإسلامي) .

(٣) القانون المدني الأردني ، المادة رقم (٩٥٠) .

مشروعية الكفالة

الكفالة مشروعة بالكتاب والسنة .

ففي الكتاب : فقد وردت الكفالة بمعنى أن يتعهد الصغير ويرعى شؤونه، ولم يرد في القرآن كلمة من مادة «كَفَلَ» تفيد معنى الضمان، ولكن جاء المعنى من مادة أخرى هي مادة «زَعَمَ» ، فقال تعالى : « وَلِمَنْ جاءَ بهِ حِمْلُ بعيرٍ وأنا بهِ زعيمٌ »[1]، وقال أيضاً :« سَلْهُمْ أيُّهُمْ بذلِكَ زَعيمٌ »[2]. وفي سورة الإسراء وردت كلمة (قبيل) ، قال تعالى : « أوْ تَأتِيَ باللهِ والملائكةِ قَبيلاً »[3].

جاء في كتاب معاني القرآن : «(قبيلا) : أي كفيلاً »[4]، وقال صاحب كتاب الكشاف : «(قبيلا) كفيلاً بما تقول شاهداً بصحته »[5]، وقال «الكاساني» :«القبالة بمعنى الكفالة »[6].

وأما مشروعية الكفالة في السنة فقد قال صلى الله عليه وسلم : «الزعيم غارم »[7]، وورد في كتاب (معالم السنن) :«الزعيم : الكفيل ، والزعامة :الكفالة، ومنه قيل لرئيس القوم الزعيم لأنه هو المتكفل بأمورهم »[8] ، وورد في (صحيح البخاري) « أن النبي صلى الله عليه وسلم أُتِيَ بجنازة ليصلي عليها، فقال : هل عليه من دين؟

---

(١) سورة يوسف ، آية رقم (٧٢) .

(٢) سورة القلم ، آية رقم (٤٠) .

(٣) سورة الإسراء ، آية رقم (٩٢) .

(٤) الفراء، أبو زكريا يحيى بن زياد (ت ٢٠٧ هـ) : معاني القرآن . عالم الكتب ، بيروت ، الطبعة الثانية ١٩٨٠ م ، ج٢ ص١٣١ . وسيشار له فيما بعد هكذا (الفراء : معاني القرآن) .

(٥) الزمخشري ، أبو القاسم جار الله محمود بن عمر (ت ٥٣٨ هـ) : الكشاف . مطبعة مصطفى البابي ، مصر ١٣٨٥ هـ = ١٩٦٦ م ، ج٢ ص٤٦٦ . وسيشار له فيما بعد هكذا (الزمخشري : الكشاف).

(٦) الكاساني : بدائع الصنائع ، ج٧ ص٤٠٥ . (مرجع سابق).

(٧) رواه أبو داود والترمذي . انظر:
- أبو داود : سنن أبي داود ، كتاب البيوع ، باب تضمين العارية .
- والترمذي : سنن الترمذي ، كتاب البيوع ، باب ما جاء أن العارية مؤداة.

(٨) الخطابي : معالم السنن ، ج٣ ص١٧٧ .

قالوا : لا. فصلى عليها، ثم أتِيَ بجنازة أخرى فقال : هل عليه من دين؟ قالوا : نعم. قال : فصلُّوا على صاحبكم. قال أبو قتادة : عليَّ دينه يارسول الله. فصلّى عليه»[1].

والأثر المترتب على الكفالة أنها تعطي المكفول له الحق في مطالبة الكفيل بما التزم، وأن هذا الحق لا يُسقِط حق المكفول له في مطالبة المكفول عنه أيضاً، فله مطالبة أيهما شاء، أو مطالبة الإثنين معاً، ولكن لا يأخذ أكثر من حقه.

والبنك الإسلامي الأردني يشترط في معظم معاملاته وعقوده -التي يبرمها مع العملاء- وجود كفلاء يكفلون ما على العميل من التزامات ما يجعل المخاطرة أقل ما يمكن .

وقد يطلب البنك من العميل أكثر من كفيل ، فغالباً ما يطلب ثلاثة كفلاء إن كان العميل غير موظف ، أما إن كان موظفاً وراتبه يتقاضاه من البنك الإسلامي ، فيكتفي البنك بكفيلين فقط . ويوقع هؤلاء الكفلاء الكفالة الخطية التي يطلبها البنك وهذه الكفالة تعطي البنك الحق في مطالبة الكفيل بما التزم به إن امتنع العميل عن الوفاء بالتزاماته [2] .

المطلب الثاني : (الرهن)[3]

الرهن نوعان [4]:

الأول : الرهن الحيازي ، وهو الذي تحدثت عنه سابقاً [5] .

الثاني : الرهن التأميني أو الرسمي وهو الذي يأخذ به البنك الإسلامي الأردني .

---

(١) البخاري : صحيح البخاري وبهامشه فتح الباري ، كتاب الكفالة ، ج٤ ص٤٧٤ - ٤٧٥ . (مرجع سابق).

(٢) مقابلة شخصية مع مدير البنك الإسلامي الأردني ، فرع إربد ، شارع بغداد بتاريخ ١٩٩٣/١٠/١٣ .

(٣) سبق التعريف بالرهن في المبحث الثالث من الفصل الثالث . أنظر ص (١٠٥) وما بعدها من هذا البحث .

(٤) وهبة الزحيلي: العقود المسماه في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م ، ص٣٤٣ -٣٤٤ . وسيشار له فيما بعد هكذا (وهبه الزحيلي : العقود المسماه) .

(٥) انظر ص (١٠٥) وما بعدها من هذا البحث .

والرهن التأميني أو الحيازي «هو عقد يكسب به الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون»[1]

يظهر من التعريف خصائص الرهن التأميني وهي كونه عقداً وارداً على عقار يمنح صاحبه حق التقدم أو الأولوية على بقية الدائنين العاديين في استيفاء حقه من ثمن العقار عند بيعه . ولا بد لانعقاد هذا الرهن من تسجيله في صحيفة العقار المخصصة له في السجلات العقارية في الدوائر الرسمية .

والبنك الإسلامي الأردني يطلب من العميل -الذي يطلب تمويلاً مالياً أكثر من ستة آلاف دينار- رهن عقار معين كبيت أو أرض باسم البنك ليضمن حقه في حالة عجز العميل عن الوفاء بالتزاماته.

وكذلك إذا أبرم البنك مع العميل عقد مرابحة للآمر بالشراء وكانت السلعة المطلوبة هي سيارة أو شقة سكنية، فإن البنك يرهن السيارة أو الشقة باسمه حتى يدفع العميل كافة التزاماته .

وإذا كان العقد مشاركة منتهية بالتمليك كتمويل لبناء مخازن تجارية، أو شراء سيارة بغرض الاستثمار، فإن البنك يرهن ذلك حتى تنتهي المشاركة بتمليك العميل حصة البنك في الشركة[2].

---

(١) وهبه الزحيلي : العقود المسماه ، ص٣٤٧ . (مرجع سابق) .

(٢) مقابلة شخصية مع مدير البنك الإسلامي الأردني ، فرع إربد ، شارع بغداد بتاريخ ١٣/١٠/١٩٩٣.

المبحث الثالث : (الآثار الاقتصادية المترتبة على الحيازة)

إذا أخذ البنك الإسلامي بمبدأ الحيازة في تطبيقه للعقود التي يجريها مع العملاء، فإنه يترتب على ذلك عدة آثار، منها ما هو إيجابي، ومنها ما هو سلبي.

أما الآثار الإيجابية فهي :-

١- إزالة الشبهات التي قد تثار على معاملات البنك الإسلامي من جهة الحيازة، إذ إن معظم الشبهات التي تثار حول البنك الإسلامي أنه يتحايل على الناس ويأخذ منهم فوائد على قروض يعطيهم إياها عن طريق بيع السلع التي يحتاجون إليها دون أن يحوزها، فيبيع ما ليس عنده، وخاصة في عقود بيع المرابحة للآمر بالشراء. ومع أنه لا يشترط في هذا العقد الحيازة إلا أن معظم الناس لايعلمون ذلك. فإذا ما أخذ البنك بمبدأ الحيازة (حيازة السلعة) زالت شكوك الناس حول معاملات البنك لأنه بذلك أصبح كالتاجر تماماً، فيزيد اطمئنان المتعاملين معه لشرعية التطبيق، وهذا مما يزيد في إقبال الناس على التعامل معه، فيترتب على ذلك ازدياد في حجم المبيعات، وبالتالي ازدياد في الأرباح.

٢- التخفيف عن المتعاملين معه في مقدار الربح الذي سيترتب على المشترين من جراء عدم الحيازة، حيث إن البنك عندما يشتري من التجار ويبيع لعملائه فإنه يضيف إلى سعر الشراء ربح التجار، ثم يضيف عليه ربحه أيضاً، وهذا كله يتحمله العميل، مما يثقل عبء الناس، ويقلل من حجم المبيعات. فإذا ما أخذ البنك بمبدأ الحيازة، وكانت له مخازنه الخاصة، فإنه يبيع بسعر السوق، ولا يتحمل العميل المشتري إلا الربح الذي يأخذه البنك، ونلحظ هذا الأثر جلياً في عقود بيع السيارات أو الشقق والأراضي، فإن البنك عندما يشتري السيارة من التاجر، ويبيعها للعميل، فإنه يقوم بتسجيلها باسمه أولاً، ثم بعد ذلك يقوم بنقل ملكيتها إلى العميل، أي إن رسوم التسجيل في دائرة السير تدفع مرتين،

والعميل هو الذي يتحمل ذلك. وبسبب ارتفاع رسوم تسجيل العقارات كالأراضي، فإن البنك والعملاء يحجمون عن التعامل بها مما قلل من حجم التعاملات في السوق.

٢- إذا أخذ بمبدأ الحيازة، فإنه يضطر إلى تجهيز محلات ومخازن ومستودعات لتخزين البضائع والسلع المشتراة. مما يعني أنه بحاجة إلى مزيد من العمالة، وهذا يخفف جزءاً ولو بسيطاً من البطالة بين الناس.

أما الآثار السلبية فهي:-

١- أنه في حالة الأخذ بمبدأ الحيازة وتجهيز محلات ومخازن ومستودعات خاصة لتخزين البضائع والسلع المشتراة، فإن ذلك يؤثر على التجار الباقين، لأن البنك موقفه المالي أقوى من بقية التجار وبالتالي فإنه قد يسيطر على السوق، وتكون معظم عمليات البيع والشراء منه، وهذا مما يؤثر على بقية التجار من كساد بضائعهم أو قلة مبيعاتهم، بل قد يلجأ كثير من التجار إلى ترك التجارة (البيع والشراء) ، وهذا يؤثر على مستوى دخل التجار، والذي يترتب عليه ركود اقتصادي في ميدان التجارة، وانفراد البنك في السوق، وهذا مما لا يشجعه الشرع، بل لا بد من بقاء المنافسة قائمة كما قد يلجأ التجار مع قلة مبيعاتهم إلى رفع أسعار السلع عن طريق زيادة هامش الربح على هذه السلع، لذلك فإن بقاء البنك كوسيط يعد عاملاً من العوامل التي تؤدي إلى استقرار الأسعار .

٢- عندما يبقى البنك كوسيط بين التجار والعملاء، فإن ذلك يزيد من حركة السوق. فالبنك عندما يشتري من التجار ويدفع لهم قيمة المشتريات نقداً، ويبيعها للعملاء بالأجل، فإنه بذلك يؤدي إلى زيادة عرض النقد في السوق، وتكثر السيولة النقدية بأيدي التجار، فيشترون بضائع أخرى وبالتالي تزداد

حركة دوران المال وتعمل على تنشيط حركة السوق. أما إذا أخذ البنك بمبدأ الحيازة انحصر المال في يد البنك، وقلت السيولة في السوق، وبالتالي يؤدي إلى كساد اقتصادي، وإيقاف دوران المال.

٢- إذا قلنا بلزوم الحيازة الحقيقية التامة، فهذا يؤدي إلى تعطيل كثير من المعاملات التي يتعامل بها البنك وعرقلتها، فالأخذ بالحيازة الحكمية يسهل مثل هذه المعاملات كالحوالات والاعتمادات المستندية مثلاً. ففي الحوالات فإن استلام إشعار الحوالة لعملية الصرف يعتبر قبضاً مع أنه لم يتم قبض النقود فعلاً، فاستلام المحيل لإشعار الحوالة –مع أنه لم يقبض قيمة المال المحول في عقد الصرف– يعد قبضاً أو حيازة حكمية. وفي الاعتمادات المستندية فإن مجرد استلام بوليصة الشحن تعني الحيازة، وعليها تترتب عملية البيع والشراء ودفع الثمن. وكذلك تجنيب البضاعة المشتراة من قِبَل البنك عند التجار باسم البنك هي حيازة حكمية، وعليها يترتب البيع ، ويستلم المشتري من البنك هذه البضاعة بسند الإذن أو التفويض .

الخاتمة
النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج

توصلت خلال بحثي إلى النتائج التالية:

١- تنبني الحيازة على التصرف، فالتصرف شرط من شروط الحيازة الدالة على الملك. والتصرفات تكون بثلاثة أشياء: السكنى، والهدم والبنيان، والتفويت بالبيع والهبة والصدقة، وهذا يقوم على أساس الصلة بين الحائز والمحوز عليه.

٢- لا تسري أحكام الحيازة على الأموال المُتعلق بها حق الله تعالى، أو الأموال التي يعود نفعها للعامة. ويكاد يتفق القانون المدني الأردني مع الفقه الإسلامي في هذه المسألة.

٣- تقسم العقود في الفقه الإسلامي باعتبار الحيازة إلى أربعة أقسام: قسم تُشترط فيه الحيازة لنقل ملكية المعقود عليه فيها، وقسم تُشترط فيها الحيازة لصحتها، وقسم تُشترط في لزومها الحيازة، وقسم لا تُشترط فيه الحيازة.

٤- الحيازة لا تعطي حق التصرف إلا إذا اقترنت بالملك، لأن الحائز -غير المالك- لا يجوز له أن يتصرف بما يحوزه، وإن حصل ذلك فتصرفه باطل، إلا إذا اعتبر فضولياً فيتوقف تصرفه على إجازة المالك. أما الملك فيترتب عليه حق التصرف وإن لم يُحز -إلا فيما يشترط فيه الحيازة- وإذا تصرف المالك بالشيء المملوك مع عدم حيازته له، فتصرفه صحيح لكنه متوقف على القدرة على التسليم.

٥- ليست كل العقود التي يبرمها البنك الإسلامي الأردني تُشترط فيها الحيازة، بل منها ما تُشترط فيها الحيازة، ومنها ما لا تشترط فيها وإن القسم الذي تشترط فيه الحيازة تتم فيه الحيازة فعلاً في تطبيقات البنك الإسلامي له.

ثانياً: التوصيات

وبعد النتائج التي توصلت إليها أثناء البحث أوصي بالتوصيات التالية:

١- التركيز على أهمية الرقابة الشرعية، وزيادة العناية بها وإعطائها صفة الاستقلالية، وتوسيع صلاحياتها حتى تستطيع أن تضبط معاملات البنك الإسلامي الأردني بالطريقة الشرعية السليمة.

٢- الاهتمام بتدريب العاملين في البنك الإسلامي لتأهيلهم في الجوانب الشرعية للمعاملات المصرفية، وفسح المجال لتعيين خريجي كليات الشريعة في البنك الإسلامي.

٣- دعوة القائمين على كلية الشريعة لتزويد الدارسين فيها بالمعرفة اللازمة بالأنشطة الاقتصادية والمصرفية والمالية الإسلامية، عن طريق تدريبات عملية في البنك الإسلامي الأردني.

٤- زيادة تركيز الرقابة الشرعية على ممارسات البنك الإسلامي في تطبيق إجراءات المرابحة في جميع مراحلها، ولا سيما امتلاك البنك للسلعة ودخولها في ضمانه قبل بيعها للآمر بالشراء كيلا تكون ذريعة إلى محرم أو وقوعاً فيه، والاهتمام بوضع قواعد تفصيلية لآليات العمل في شعب تطبيق المرابحة لمراعاة الأحكام الشرعية العامة والخاصة لهذا العقد.

٥- توجيه البنك الإسلامي طاقاته لتنويع صور وأساليب الاستثمار التي يعود مردودها على المجتمع وعلى المؤسسة نفسها من خلال الخروج من دائرة تطبيقات المرابحة إلى دائرة أوسع من المشاركات والمضاربات وغير ذلك.

٦- مناشدة الحكومة متمثلة بالبنك المركزي دعم البنك الإسلامي والعمل على فتح المزيد من فروعه في المحافظات والألوية ليتسنى للمواطن الحصول على فُرص

الاستثمار الملائمة لعقيدته وشريعته، ورفع القيود عن معاملات البنك الإسلامي الأردني.

٧- توصية للبنك الإسلامي الأردني باستخدام الوكالة غير القابلة للعزل (إذا كانت السلعة عقاراً أو سيارة) بديلاً عن التسجيل باسمه أولاً ثم التسجيل باسم العميل ثانياً، بحيث لا يتحمل العميل أكثر من دفع رسم تسجيل لمرة واحدة فقط.

٨- توصية أخرى للبنك الإسلامي بفتح محلات تجارية خاصة به، ومعارض للسيارات وذلك ليبيع عملاءه مما يملك من السلع التي يحتاجونها مباشرة، دون الحاجة للجوء إلى بيع المرابحة للآمر بالشراء وذلك حتى لا تبقى أية شبهة تدور حول معاملات البنك الإسلامي.

الملخص
الحيازة وتطبيقاتها في معاملات البنك الإسلامي الأردني

إعداد
زكريا سلامة شطناوي

جاءت هذه الرسالة في فصل تمهيدي وثلاثة فصول وخاتمة، سبقت بافتتاحية، خُصص الفصل التمهيدي منها للحديث عن معنى الحيازة في الفقه والقانون، والألفاظ ذات الصلة بها، كالقبض ووضع اليد، ثم أدلة مشروعيتها .

وتضمن الفصل الأول شروط صحة الحيازة في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الأردني، ثم الحقوق التي لا تقع عليها الحيازة.

كما خُصص الفصل الثاني للحديث عن أقسام العقود من حيث الحيازة وأراء الفقهاء فيها، فبعض العقود تُشترط فيها الحيازة لنقل ملكية المعقود عليه فيها كالهبة والوقف والقرض والعارية والعقد الفاسد، وقسم تُشترط فيها الحيازة لصحتها كالصرف وبيع الأموال الربوية والسلم وإجارة الذمة والمضاربة والمزارعة والمساقاة . وقسم تُشترط الحيازة في لزومها كالهبة والوقف والقرض والرهن . وقسم لا تُشترط فيها الحيازة كالبيع وإجارة الأعيان. واتضحت أراء الفقهاء في كل قسم من الأقسام، وأدلتهم، ونوقشت تلك الأدلة للوصول للرأي الراجح في كل منها.

أما الفصل الثالث فكان الحديث فيه عن تطبيق البنك الإسلامي الأردني للعقود التي يمارسها، ومدى موافقتها للشريعة الإسلامية ، مع تفصيلات كل عقد منها وهي: المضاربة والصرف والقرض والمرابحة للآمر بالشراء والمشاركة المتناقصة والمشاركة بالأرباح، وإيضاح الإجراءات التطبيقية لكل منها، وبعد ذلك الضمانات التي يطلبها البنك من عملائه كالرهن والكفلاء، مع بيان الآثار الاقتصادية المترتبة على الحيازة.

وخُتمتْ الرسالة بالنتائج والتوصيات.

Abstract

Possession and Its Application in the dealings of Jordan Islamic Bank.

Prepared by :
Zakaria Shatnawi.

This thesis comprises an introductory chapter, three chapters and aconclusion all preceded by preface. The introductory chapter has been designated for the disscussion of the meanings of possession both in regard to Fiqih (jurisprudence) and law, the evidence of its legality, and the vocabulary related such as Qubid and Wad'o Al-yad.

The First Chapter deals with the validity of possession in Fiqih (Islamic jurispurdence) as well as the Jordanian civil law, it also states the rights on which possession should not apply.

The Second Chapter is didicated for the discussion of the types of various views of Foqaha`a (jurisprudents) in this regard. In some contracts, possession is a condition for the transfer of the subject contracted upon, such as AL-Hiba (gifts), AL-Waqf (endow), AL-Qard (loan), AL-Ariah (Fake), and Al-Aqid Al-Fasid (the invalid contract). Whereas in some other contracts, possession is a must for their validity such as, exchange, selling of Reba money, Salam and hiring of Themah, Speculation, Muzara`h and Musaqah.

In other contracts, possession is a must for their implementation such as Hibah, Waqf, Qard and Rahn (mortegage) . And finally there are other contracts in which possession is not a condition, such as in Al-Bai`a (sale) and Eajart Al-A`ayan (rent). The views of AL-Foqah`a (jurispurdens) in

every type of contracts and their arguments, have been stated, these arguments have been disscused in order to take side with the florgest.

The Third Chapter, deals with the demonestrations, of possession in the dealings of Jordanian Islamic Bank and the extent to which they agree with Sharia. With discussion of Al-Modarabah. (specularion), Al-Sarf (exchange), Al-Qard, Al-Morabaha, decreasing partenership it also explains the producers of the demonstration of each type of contracts. Finally it alludes to the gurantees that the Bank requires from its customers, such as mortgage, and Vouchers with the economical impacts resulting from possessin.

The thesis concludes by the findings and recommendations.

الملاحق

ملحق رقم (١) : نموذج عقد مضاربة (قراض).

ملحق رقم (٢) : نموذج طلب قرض حسن.

ملحق رقم (٣) : نموذج عقد بيع مرابحة للآمر بالشراء.

ملحق رقم (٤) : نموذج عقد مضاربة متناقصة.

ملحق رقم (٥) : نموذج عقد المشاركة بالأرباح.

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى : (يا ايها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا اماناتكم وانتم تعلمون)
(صدق الله العظيم)
« الانفال »

البنك الإسلامي الأردني
للتمويل والاستثمار

عقد مضاربة
(قراض)

بين صاحب المال : البنك الاسلامي الأردني للتمويل والاستثمار (ش٠م٠م) فرع
والمسمى فيما بعد الفريق الأول ٠

والمضارب السيد/السادة :

والمسمى/المسمون فيما بعد الفريق الثاني ٠

تم الاتفاق بين الفريقين المتعاقدين على ما يلي :

١ ـ ايفاء للغايات المقصودة في هذا العقد ، وبالاضافة الى ما ورد في المقدمة أعلاه ، يكون للكلمات الآتية المعاني المخصصة لها أدناه ، الا اذا دلت القرينة على خلاف ذلك:

أ ـ تشمل كلمة (البنك) مركز البنك الاسلامي الأردني للتمويل والاستثمار أو أي فرع من فروعه أو كليهما معاً ٠

ب ـ تشمل كلمة (المضارب) في صيغة المذكر المفرد صيغتي المثنى والجمع في المذكر والمؤنث ٠

جـ ـ تشمل كلمة (المصاريف) جميع النفقات ، وأتعاب المحاماة ، وغيرها مما يتكلفه الفريق الأول فيما يتعلق بهذا العقد ٠

٢ ـ يقر الفريق الثاني انه قد اطلع على عقد التأسيس والنظام الداخلي والقانون الخاص بالفريق الأول ، ويلتزم به في تعامله معه ، وذلك على أساس التعامل الشرعي الحلال٠

٣ ـ يقر الفريق الثاني بأنه قد تسلم أو أنه سوف يتسلم من الفريق الأول مبلغاً أو مبالغ من المال ، حسبما يتفق عليه مع الفريق الأول ، وذلك لاستعمالها في الغايات المذكورة تاليا وحسب الشروط التاليـة :

٤ ـ يتعهد الفريق الثاني بأن لا يستعمل المال المقدم الا في الغايات المصرح بها اعلاه ويكون مسؤولا عن كل مخالفة او ضرر أو تعد أو تقصير .

٥ ـ يقر الفريق الثاني بعدم تحميل رأس المال الذي سيتاجر به أو يستثمره بموجب هذا العقد سوى النفقات والمصاريف المتعارف عليها في هذا المجال وانه يتحمل بمفرده كل ما يترتب على ذلك من اضرار أو نفقات منظورة وغير منظورة ، وذلك في حالة تقصيره أو اهماله أو مخالفته لبنود هذا العقد أو تعليمات الفريق الأول .

٦ ـ مدة هذا العقد من تاريخه ، ويتعهد الفريق الثاني بتقديم الحساب الختامي للفريق الأول في نهاية هذه المدة أو عند طلب الفريق الأول ولا تبرأ ذمة الفريق الثاني الا بعد الوفاء بحقوق الفريق الأول الواردة في هذا العقد ويجوز للفريق الأول متى شاء أن يطلب تصفية المضاربة اذا تبين له عدم جدوى الاستمرار فيها أو اذا خالف الفريق الثاني شروط هذا العقد وذلك دون حاجة الى تنبيه أو انذار أو مراجعة قضائية .

٧ ـ يكون الفريق الثاني أمينا على رأس المال وشريكاً في الربح .

٨ ـ توزيع الأرباح والخسائر :

أ ـ يوزع صافي الأرباح على الوجه التالي :

الطرف الأول : .... في المائة من الأرباح الصافية .
الطرف الثاني : .... في المائة من الأرباح الصافية .

ب ـ أما في حالة الخسارة فانها توزع بحسب مشاركة كل فريق في رأس المال المخصص لعملية المضاربة .

٩ ـ يتعهد الفريق الثاني بعدم انفاق أي مبلغ من رأس المال على شؤونه الخاصة وكذلك عدم التصرف في مال المضاربة الا بعد المحاسبة التامة والتأكد من وجود أرباح صافية وفي حدود نصيبه منها .

١٠ـ لا يجوز للفريق الثاني خلط مال المضاربة بماله دون اذن الفريق الأول ولا اعطاؤه للغير مضاربة ولا هبته ولا اقراضه ولا الاقتراض عليه .

١١ـ اذا تلف شيء من مال المضاربة حسب من الربح فان جاوزه حسب الباقي من رأس المال .

١٢ـ اذا نشأ خلاف ناشيء عن تطبيق أحكام هذا العقد و/ أو متعلق به ، يحق للفريق الأول عرض الخلاف على ثلاثة محكمين يتم اختيارهم على الوجه التالي :

ـ حكما يختاره الفريق الأول .
ـ حكما يختاره الفريق الثاني .
ـ حكما تختاره غرفة تجارة و/أو صناعة عمان .

ويتم الفصل في النزاع على أساس الشريعة الاسلامية ويكون حكمهم سواء صدر بالاجماع أم بالأغلبية ملزماً للفريقين وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الجائزة قانوناً .

وفي حالة اعتذار غرفة تجارة و/أو صناعة عمان عن اختيار المحكم الثالث ، يقوم المحكمان المختاران من قبل الفريقين باختياره ، فان تعذر ذلك ، تقوم المحكمة المختصة بتعيينه ، وفقاً لأحكام قانون التحكيم المعمول به في الأردن ·

يصدر المحكمون حكمهم بالاجماع أو بالاغلبية وفي حالة عدم اتفاقهم يحال الخلاف موضوع التحكيم الى المحاكم النظامية · وتكون محاكم عمان النظامية المختصة دون سواها بالفصل في أية طلبات و/أو قضايا تنشأ بمقتضى التحكيم و/أو ناشئة و/أو متعلقة به و/أو بهذا العقد ·

١٣ـ تسري أحكام القانون المدني الأردني والقوانين والأنظمة المرعية الأخرى على هذا العقد ، فيما عدا ما نص عليه من اتفاق بين الفريقين ·

١٤ـ حرر هذا العقد على نسختين اصليتين موقعتين من الفريقين بارادة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية بتاريخ / / هـ· الموافق / / م·
ويسقط الفريق الثاني حقه في الادعاء بكذب الاقرار و/ أو أي دفع شكلي أو موضوعي ، ضد ما جاء في هذا العقد ·

الفريق الثاني	الفريق الأول
(المضارب)	**البنك الاسلامي الأردني للتمويل والاستثمار**

البنك الإسلامي الأردني
للتمويل والاستثمار

طلب قرض حسن

فرع ....

رقم الطلب :

التاريخ : / / ١٩٩

اسم طالب القرض : .... المهنة : ....
بيانات وثيقة اثبات الشخصية : ....
العنوان : ....
الغاية من طلب القرض : ....
قيمة القرض : ....
التزامات مالية قائمة : (مدين .... مدة السداد : ....
كفيل ....)

التوقيع : ....

الكفلاء :

	الاسم	رقم الحساب	عدد المكفولين	المهنة	الدخل	الالتزامات الشهرية للكفيل	
						مدين	كفيل
١							
٢							
٣							
٤							
٥							

لاستعمال ادارة الفرع :

- السقف المخصص للفرع :- .... رصيد القرض الحسن :- ....
- ملاحظات قسم الكمبيالات :- ....
- توصية قسم التسهيلات :- ....
- توصية المراقب/مساعد المدير :- ....
- قرار المدير :- ....

(خاص بقسم التسهيلات)
تم توقيع وتدقيق
١ - ما يثبت الغاية من القرض .
٢ - تفويض الكفلاء .
٣ - تحويل رواتب المدين والكفلاء .

مسؤول قسم التسهيلات :- ....

ملحق رقم (٢)

تم/٢٩

قال تعـــالى: بسم الله الرحمن الرحيم

« واحل الله البيــع وحرم الربـا» صدق الله العظيم

(البقــرة/ ٢٧٥)

البنك الإسلامي الأردني

للتمويل والاستثمار

عقـد بيــع مرابحة للآمر بالشراء

بين: البنـك الاسـلامي الاردنـي للتمـو يل والاستـثـمـار فـرع والمسـمى فيمـا بعد الفريق الأول.

والآمر بالشراء: السيد/ السادة:

والمسمى / المسمون فيما بعد الفريق الثاني.

والكفيل: السيد / السادة: ....

....

....

والمسمى / المسمون فيما بعد الفريق الثالث.

تم الاتفاق بين الفريق الأول والفريق الثاني على ما يلي: ــ

١ ــ ايفاء بالغايات المقصودة في هذا العقد، وبالاضافة الى ما ورد في المقدمة أعلاه، يكون للكلمات الآتية المعاني المخصصة لها أدناه، الا اذا دلت القرينة على خلاف ذلك: ــ

أ ــ تشمل كلمة (البنك) مركز البنك الاسلامي الاردني للتمويل والاستثمار، أو أي فرع من فروعه، أو كليهما معاً.

ب ــ تشمل كلمة (الأمر بالشراء) في صيغة المذكر المفرد صيغتي المثنى والجمع في المذكر والمؤنث.

جـ ــ تشمل كلمة (الكفيل) في صيغة المذكر المفرد صيغتي المثنى والجمع في المذكر والمؤنث.

د ــ تشمل كلمة (المصاريف) نفقات الطوابع والبريد والتليفون والتلغراف وفرق العملة وعمولة العملاء والرسوم على اختلاف أنواعها، وأتعاب المحاماة، وغيرها مما يتكلفه البنك فيما يتعلق بتنفيذ هذا العقد.

٢ ــ يقر الفريق الثاني أنه قد اطلع على عقد التاسيس، والنظام الداخلي، والقانون الخاص بالفريق الأول، و يلتزم به في تعامله معه، وذلك على أساس التعامل الشرعي الحلال.

٣ ــ يقر الفريق الثاني أنه قد كلف الفريق الأول أن يشتري له، ولحسابه، وعلى مسؤوليته، البضاعة المبينة أدناه: ــ

وذلك على أساس التزام الفريق الثاني، بأن يشتري هذه البضاعة بربح متفق عليه، بواقع ( ) في المائة من مجموع ثمن الشراء والمصاريف الخاصة بالبضاعة، بما في ذلك الثمن الأساسي، وأية رسوم أو مصاريف يوافق الفريق الأول على أدائها باعتبارها جزءاً من التكلفة والثمن.

الفريق الثالث (الكفيل) | الفريق الثاني (الآمر بالشراء)

٤ – بعد أن يشتري الفريق الأول البضاعة المطلوبة حسب رغبة الفريق الثاني، يبرم العقد اللاحق خلال سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لاعلام الفريق الأول للفريق الثاني باستعداده لتسليمه البضاعة اذا كانت موجودة محليا.
وأما اذا كانت البضاعة موجودة في الخارج، فتبدأ المدة المذكورة من اليوم التالي لاشعار الفريق الثاني باستعداد الفريق الأول لتسليمه البضاعة أو الأوراق الرسمية التي تمكنه من تسلمها من أي محل في الأردن.

٥ – يتعهد الفريق الثاني بدفع الثمن الاجمالي للبضاعة، مشتملا على ثمن الشراء والمصاريف والارباح المتفق عليها للفريق الأول، بالطريقة المبينة أدناه:–

٦ – في حالة تنفيذ عملية المرابحة عن طريق فتح اعتماد مستندي، فان الفريق الثاني يقر بأنه ملزم بقبول المستندات الواردة وفقا للمواصفات التي طلب على أساسها فتح الاعتماد ذي العلاقة، وفي حالة امتناعه عن استلام المستندات الخاصة بالاعتماد بعد اشعاره بوصول المستندات من قبل الفريق الأول، بالطرق المتعارف عليها تجاريا، فانه يحق للفريق الأول أن يبيع البضاعة أو يتصرف فيها بالطريقة التي يراها مناسبة.

٧ – يدفع الفريق الثاني للفريق الأول مقدما، وعند تكليفه بشراء البضاعة وفتح الاعتماد، مبلغا بنسبة (   ) بالمائة ليكون بمثابة تأمين نقدي، ولضمان اتمام الصفقة في الموعد المحدد، ومن حق الفريق الأول أن يقتطع من هذا التأمين ما يتحقق له تجاه الفريق الثاني من مطاليب ناشئة عن شروط هذا العقد، وذلك دون حاجة الى انذار أو تنبيه أو مراجعة قضائية.

٨ – في حالة عدم قيام المستفيد من الاعتماد بشحن البضاعة كليا أو جزئيا، لا يترتب على الفريق الأول أي التزام من جراء ذلك، كما و يتحمل الفريق الثاني جميع العمولات والمصاريف الخاصة بالاعتماد.

٩ – يكفل الفريق الثالث الفريق الثاني كفالة مطلقة، وعلى وجه التضامن والتكافل، في كل ما يتعلق بهذا العقد، والالتزامات المترتبة عليه.

١٠ – يقر الفريق الثالث بأن كفالته هذه تعتبر كفالة اضافية، ولا يمكن أن تؤثر أو تتأثر باية تأمينات أو كفالات أخرى، تكون في حيازة الفريق الأول حاليا، أو التي قد يحصل عليها الفريق الأول من الفريق الثاني، أو بالنيابة عنه في المستقبل، و يعتبر الفريق الثالث نفسه ملزما بهذه الكفالة كتأمين دائم مستمر على الرغم من أية مبالغ دفعت أو تدفع للفريق الأول، وعلى الرغم من أي تسديد للاعتمادات، أو الحساب، أو وفاة أحد الموقعين، أو حدوث حالة عسر أو خسران للحقوق المدنية، أو عدم اقتدار على ادارة الشؤون الداخلية لأي واحد أو اكثر من الموقعين أو لأي سبب أخر مهما كان نوعه.

١١ – من المتفق عليه صراحة، أن كفالة الفريق الثالث تبقى سارية المفعول، وملزمة له، في حالة منح الفريق الاول للفريق الثاني أي تسامح أو امهال، بتسديد قيمة هذا الاعتماد، أو في حالة تجديده، بدون أن يقترن التمديد أو التجديد بموافقة الفريق الثالث اذ أن هذه الكفالة تشمل هذا الحساب الجديد، ولا تنتهي مسؤولية الفريق الثالث، الا اذا سدد الفريق الثاني جميع التزاماته تجاه الفريق الأول نهائيا.

١٢ – يقر الفريقان الثاني والثالث، بأن دفاتر الفريق الأول وحساباته، تعتبر بينة قاطعة لاثبات المبالغ المستحقة، أو التي تستحق عليهما للفريق الأول بموجب هذا العقد، مع ما يلحقها من عمولات ومصاريف، و يصرحان بأن قيود الفريق الأول وحساباته تعتبر نهائية وصحيحة بالنسبة اليهما، ولا يحق لهما الاعتراض عليها كما أنهما يتنازلان مقدما عن أي حق قانوني يجيز لهما طلب تدقيق حسابات الفريق الأول وقيوده، من قبل أية محكمة، أو ابراز دفاتره أو قيوده فيها.

وتعتمد الكشوفات المنسوخة عن تلك الدفاتر والحسابات، والتي يصادق المفوضون بالتوقيع عن الفريق الأول، على مطابقتها للأصل.

الفريق الثالث (الكفيل)	الفريق الثاني (الآمر بالشراء)

١٣ ــ في حالة توقيع هذا العقد من قبل أكثر من شخص واحد، بصفة فريق ثان أو فريق ثالث، يكون جميع الموقعين مسؤولون، بالتضامن والتكافل، منفردين ومجتمعين، تجاه الفريق الأول عن تسديد المبالغ المطلوبة له بموجب هذا العقد.

١٤ ــ يوافق الفريق الثالث على أن لا يتقيد الفريق الأول بأي نص قانوني أو أي تشريع قد يوجب على الفريق الأول مداعاة الفريق الثاني قبل الفريق الثالث، و يصرح الفريق الثالث بأنه يتنازل مقدما، عن حق تقديم مداعاة الفريق الثاني على مداعاته.

١٥ ــ اذا كان الفريق الثاني شركة أو محلا تجاريا، فان كفالة الفريق الثالث تبقى نافذة المفعول، ككفالة دائمة مستمرة، بغض النظر عن أي تغيير أو تعديل في عقد الشركة أو نظامها أو اسمها أو اعضائها أو أفرادها.

١٦ ــ مع مراعاة ما جاء في البند رقم (١٧) فان كل طلب أو اخطار أو اشعار، يرغب الفريق الاول في تبليغه الى الفريق الثاني أو الثالث، أو كليهما معا، بشأن أي أمر يتعلق بهذا العقد، يعتبر أنه قد بلغ الى الفريق الثاني أو الثالث، أو كليهما معا، اذا أرسل بالبريد العادي، أو سلم باليد الى العنوان الذي اختاره الفريق الثاني أو الثالث، حسبما ذكر في البند رقم (١٨ ــ أ)، أو الى آخر عنوان معروف لدى الفريق الأول، وكذلك كل طلب أو اخطار أو اشعار يرسله الفريق الأول الى الفريق الثاني أو الثالث، أو الى أي فرد من الافراد الذين يكونون الفريق الثاني أو الثالث، في حالة تعدد الافراد في كل فريق، يعتبر أنه أرسل لجميعهم، ولكل واحد منهم.

١٧ ــ يعفي الفريق الثالث الفريق الأول من أن يوجه اليه أي بلاغ أو اشعار أو خطاب، ينشأ عن هذا العقد، ما عدا الاشعار الذي بموجبه يطلب اليه أن يقوم بما تعهد به، بموجب هذا العقد.

١٨ ــ يصرح الفريقان الثاني والثالث بغية تنفيذ ما تعهدا به بموجب هذا العقد:

أ ــ ان الفريق الثاني يختار محل اقامته في:

وان الفريق الثالث يختار محل اقامته في:

وتقبل جميع التبليغات على أي من هذين العنوانين، وانهما يخضعان للقوانين والأنظمة النافذة في المملكة الاردنية الهاشمية، لأجل تسديد كل التزام يكونان ملتزمين به للفريق الأول، لأي سبب كان، و يسقطان حقوقهما مقدما في اثارة أي دفع يتعلق بعدم الصلاحية، بالاستناد الى كون محل اقامتهما، أو مسكنهما، في مكان آخر.

ب ــ انهما يوافقان مقدما، رغم كل ما جاء في الفقرة السابقة، على صلاحية أية محكمة يختارها الفريق الاول، للفصل في أي نزاع أو ادعاء ينشأ من هذا العقد، و يسقطان حقوقهما مقدما بالاعتراض على صلاحية واختصاص المحكمة، التي يختارها الفريق الأول.

جـ ــ انهما يوافقان على أن يكون للفريق الأول، الحق في أن ينفذ ضدهما، مجتمعين ومنفردين، كل حكم أو قرار يصدر لمصلحته، اما على جميع ممتلكاتهما أو ممتلكات أحدهما، المنقولة وغير المنقولة معا، واما على كل من هذه الممتلكات المذكورة على حده، وفقا لاختياره المطلق، دون أن يتبع أي ترتيب بينهما، حتى ولو كان القانون ينص على مثل هذا الترتيب اذ أنهما يسقطان حقوقهما مقدما، في اثارة أي اعتراض كان بهذا الخصوص.

١٩ ــ يتعهد الفريق الثاني بأن يودع لدى الفريق الاول ــ اذا طلب اليه ــ كمبيالات تجارية والقيمة ضمان، كتأمين اضافي للمبلغ الذي قد يلتزم به الفريق الثاني تجاه الفريق الأول، لا يقل مجموع قيمتها عن نسبة (   ) من أصل قيمة هذا العقد.

الفريق الثالث (الكفيل)	الفريق الثاني (الآمر بالشراء)

وتعتبر هذه الكمبيالات بمجرد تظهيرها للفريق الأول على الصورة المذكورة، ملكا مطلقا للفريق الاول، و يحق له بدون أي قيد أو شرط، تحصيل قيمتها بالطرق الودية، أو اتخاذ الاجراءات القانونية ضد كافة الموقعين والضامنين والمظهرين، والمخاصمة لدى المحاكم النظامية والشرعية بجميع درجاتها ولدى المحكمين، و يحق له توجيه البروتستو الى المدينين والضامنين والدخول في طوابق الافلاس، وطلب اعلان افلاسهم، اذا اقتضى الامر، وذلك في كافة الاجراءات التي يستلزمها القانون.

٢٠ ـ اذا تم الاتفاق على هذا العقد، من أجل تمو يل أعمال أو تعهدات أو التزامات، يقوم بها الفريق الثاني لمصلحة الدوائر الرسمية أو الافراد، فان الفريق الثاني يتعهد بتحو يل كافة حقوقه في هذه الالتزامات الى الفريق الاول، والتنازل عنها له ضمانا لهذا العقد، و يتعهد بالتوقيع على كافة المعاملات الرسمية والقانونية، التي يطلب الفريق الأول منه توقيعها، وفقا للشروط الخاصة التي يضعها الفريق الأول لهذه الغاية، وتعتبر جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد، ولا يحق للفريق الثاني أن يتصرف فيها، أو بأي جزء منها بدون موافقة الفريق الأول الخطية، وقبل تسديد قيمة هذا الاعتماد نهائياً.

٢١ ـ يكون هذا العقد صحيحا لا نقص فيه، في حالة موافقة الفريق الأول على عقده بينه و بين الفريق الثاني وحدهما بدون ضمانة الفريق الثالث، وفي هذه الحالة لا تؤخذ المواد الواردة في العقد بشأن الفريق الثالث، بعين الاعتبار.

٢٢ ـ اذا نشأ خلاف ناشيء عن تطبيق احكام هذا العقد و/ أو متعلق به، يحق للفريق الأول عرض الخلاف على ثلاثة محكمين، يتم اختيارهم على الوجه التالي :ــ

ــ حكما يختاره الفريق الاول.
ــ حكما يختاره الفريق الثاني.
ــ حكما تختاره غرفة تجارة و/ أو صناعة عمان.

وفي حالة اعتذار غرفة تجارة و/ أو صناعة عمان عن اختيار المحكم الثالث، يقوم المحكمان المختاران من قبل الفريقين باختياره، فان تعذر ذلك تقوم المحكمة المختصة بتعيينه، وفقا لاحكام قانون التحكيم المعمول به في الاردن.

و يتم الفصل في النزاع على أساس الشريعة الاسلامية، و يكون حكمهم، سواء صدر بالاجماع أم بالأغلبية، ملزما للفريقين، وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الجائزة قانونا.

وفي حالة عدم توفر الأغلبية، يحال الخلاف موضوع التحكيم الى المحاكم النظامية.

وتكون محاكم عمان النظامية هي المختصة دون سواها، بالفصل في أية طلبات و/ أو قضايا تنشأ بمقتضى التحكيم و/ أو ناشئة و/ أو متعلقة به و/ أو بهذا العقد.

٢٣ ـ تسري أحكام القانون المدني الاردني، والأنظمة المرعية الاخرى على هذا العقد، فيما عدا ما نص عليه من اتفاق بين الطرفين.

٢٤ ـ حرر هذا العقد على نسختين أصليتين موقعتين من قبل الفريقين، بارادة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية بتاريخ / / هـ، الموافق / / م. و يسقط الفريق الثاني حقه في الادعاء بكذب الاقرار و/ أو أي دفع شكلي و/ أو موضوعي، ضد ما جاء في هذا العقد.

الفريق الثالث
(الكفيــل)

الفريق الثاني
(الآمر بالشراء)

الفريق الاول
(البنك الاسلامي الاردني)
للتمو يل والاستثمار

بسم الله الرحمن الرحيم

عن أبي هريرة رفعه قال : ـ

« ان الله يقول أنـا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خانه خرجت من بينهما » ٠

رواه أبو داود



عقـد مشاركة متناقصـة

بين : البنك الاسلامي الاردني للتمويل والاستثمار فرع .... والمسمى فيما بعد الفريق الاول ٠

والسيد / السادة : .... والمسمى / المسمون فيما بعد الفريق الثاني ٠

لما كان الفريق الثاني يملك قطعة الارض رقم .... نـوع .... حوض .... رقـم .... من القرية / المدينة .... القضاء / المحافظة .... والبالغة مساحتها .... متر مربـع .... دونـم .... وهي بوضعها الحالي خالية من أية حقوق عينية اصلية أو تبعية ٠

وبما أن الفريق الثاني يرغب في استثمار قطعة الارض الموصوفة أعـلاه ، وذلك عـن طريـق انشاء .... ، على أساس قيام الفريق الاول بتمويل تنفيذ البناء المطلوب تمويلا كليا أو جزئيا حسب ما هو مدون في هذا العقد ٠

فقد تم الاتفاق بين الفريقين المتعاقدين على ما يلي : ـ

١ ـ ايفاء بالغايات المقصودة في هذا العقد ، وبالاضافة الى ما ورد في المقدمة أعلاه ، يكون للكلمات الآتية المعاني المخصصة لها أدناه ، الا اذا دلت القرينة على خلاف ذلك : ـ

أ ـ تشمل كلمة (البنك) مركز البنك الاسلامي الاردني للتمويل والاستثمار ، أو أي فرع من فروعه ، او كليهما معا ٠

ب ـ تشمل كلمة (المصاريف) نفقات الطوابع والبريد والهاتف والتلغراف والتلكس ، والرسوم على اختلاف أنواعها ، وأتعاب المحاماة ، وغيرها مما يتكلفه البنك فيما يتعلق بتنفيذ هذا العقد ٠

جـ ـ تشمل عبارة (المكتب الهندسي) المكتب الذي يعتمده الفريق الاول ، أو يوافق على قيامه باعداد الدراسات والمخططات وأية خدمات هندسية أخرى قد يكلف بها ٠

د ـ تشمل عبارة (المخططات الهندسية) المخططات المعدة من المكتب الهندسي الوارد في الفقرة (جـ) وتعتبر هذه المخططات جزءا لا يتجزأ من هذا العقد ٠

هـ ـ تشمل عبارة (المهندس المشرف) المهندس المرخص الذي يشرف على أعمـال الانشاءات ، حتى تكون معدة للاستغلال ، والذي يعتمده الفريق الاول أو يوافق عليه ٠

و ـ تشمل عبارة (التمويـل بطريـق المشاركة المتناقصة) دخول الفريق الاول بصفة شريك ممول في المشروع موضوع هذا العقد ، حسب المخططات المعدة من المكتب الهندسي الوارد في الفقرة (جـ) ، على أساس شروط هذا العقد ٠

٢ ـ تعتبر مقدمة هذا العقد جزءا لا يتجزأ منه ٠

٣ ـ يقر الفريق الثاني أنه قد اطلع على عقد التاسيس ، والنظام الداخلي ، والقانون الخاص بالفريق الاول ، ويلتزم به في تعامله معه ، وذلك على أساس التعامل الشرعي الحلال ٠

ت م / ١٢

١٠/١

٤ ـ يلتزم الفريق الثاني أن يقوم برهن قطعة الارض الموصوفة أعلاه بالدرجة الاولى لصالح الفريق الاول ، وذلك لحين استيفاء الفريق الاول جميع حقوقه المترتبة في ذمة الفريق الثاني الناشئة و / أو المتعلقة بهذا العقـد •

٥ ـ يوافق الفريق الاول على تمويل الفريق الثاني بطريق المشاركة المتناقصة ، لاقامة الانشاءات الواردة في المخططات الهندسية المبينة في البند ((/د) ، بتقديم مبلغ حده الاقصى
دينارا أردنيا ، ليتم دفعه وفق شروط هذا العقد •

٦ ـ أ ـ يلتزم الفريق الثاني بدفع جميع المصاريف الادارية ، وأتعـاب المكتـب الهندسي ، والمهنـدس المشرف ، ورسوم الترخيص ، والرسوم والضرائب الحكومية والبلدية ، ورسم التأمين العقاري وفكه ، وأية نفقات أخرى يقررها أو يوافق عليها الفريق الاول ، من موارده الاخرى الخاصة مباشرة الى الجهات ذات العلاقة •

ب ـ وفي حالة امتناع الفريق الثاني عن الدفع لاي سبب كان ، ومع الاحتفاظ بجميع حقوق الفريق الاول المنصوص عليها في هذا العقد الناشئة و / أو المتعلقة باخلال الفريق الثاني بهذا الالتزام يحـق للفريق الاول أن يدفع أيا من الالتزامات المشار اليها أعلاه ، وقيدها على حساب الفريق الثاني لديه ، اذا رأى ذلك مناسبا •

٧ ـ يدفع الفريق الاول مقدار التمويل المتعاقد عليه الى الفريق الثاني أو متعهد البناء ، بموجب تعليمات بالصرف اليه ، موقعة من الفريق الثاني ، وعلى مراحل ، وفق انجاز كل مرحلة على حده •

ويحق للفريق الاول أن يطلب أن تكون الدفعات مسبوقة بتقرير من المكتب الهندسي أو من المهندس المشرف ، أو من كليهما معا ، كما يحق له الامتناع عن الدفع حتى يستوثق من صحة مرحلة الانجـاز وأحقية الدفعة المتعلقة بها •

٨ ـ يكون حق استغلال منفعة البناء مفوضا الى الفريق الاول ، تفويضا مطلقا عاما شاملا ، ولا يجوز للفريق الثاني الرجوع عن هذا التفويض ، لتعلق حق الفريق الاول به ، ووفق ما يلي : ـ

أ ـ يكون للفريق الاول الحق منفردا في ابرام عقود الايجار ، وتحديد شروطها ، وله أن يستأنس برأي الفريق الثاني ، اذا رأى ذلك مناسبا •

ب ـ عقود الايجار التي يبرمها الفريق الاول بموجب هذا العقد ، تكون ملزمة للفريق الثاني ، حتى بعد انتهاء تنفيذ هذا العقد •

جـ ـ يتعهد الفريق الثاني بعدم القيام باي تصرف أو اجراء قانوني على قطعة الارض الموصوفة أعلاه (على البناء أو الابنية المقامة عليها) يتعارض أو يعرقـل تنفيذ شروط هذا العقد ، مثل البيع أو الرهن أو الايجار أو أي حق من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية وغيرها من التصرفات القانونية التي قد تتعارض مع الحـق الذي يعطيه هذا العقد للفريق الاول •

د ـ الحقوق المترتبة للفريق الاول بموجب هذا العقد ، يلتزم بها الفريق الثاني وخلفه العام •

هـ ـ يتقاضى الفريق الاول نسبة ( ) بالمائة (بالمائة) من اجمالي كل ايراد ربحا له ، سواء أكان الايراد بدل ايجار أو بدل مفتاحية أو بدل خلو أو غير ذلك •

و ـ يكون للفريق الثاني نسبة ( ) بالمائه (بالمائة) من اجمالي كل ايـراد ربحا له ، سواء أكان الايراد بدل ايجار أو بدل مفتاحية أو بدل خلو أو غير ذلك ، حيث يقبضـه الفريق الاول ليقيده في حساب خاص بأسم الفريق الثاني لديه •

ز ـ يحق للفريق الاول أن يقيد على الحساب الخاص المفتوح بأسم الفريق الثاني لديه ، أية مصاريف أو نفقات أو التزامات ، يدفعها الفريق الاول حسب شروط هذا العقد ، حيث يكون الرصيد المتبقي مخصصا لتسديد أصل ما قدمه الفريق الاول من تمويل ، وعند تسديد مبلغ التمويل بكامله تؤول الارض وما عليها من بناء و / أو أية حقوق و / أو التزامات ناشئة و / أو متعلقة بهذا العقد الى الفريق الثانـي •

ح ـ يجوز للفريق الاول أن يدفع الى الفريـق الثاني جزءا من باقي الايرادات المقيدة في الحساب الخاص المذكور في الفقرة (و) ويبقى الرصيد المحتفظ به مخصصا للتسديد حسب شروط هذا العقد •

ط ـ مدة هذا العقد   تبـدأ مـن

٩ ـ اذا تخلف الفريق الثاني عن القيام بأي التزام من الالتزامات المنصوص عليها في هذا العقد ، يحق للفريق الاول أن يقوم مقامه ويؤدي الالتزام الذي تخلف الفريق الثاني عن ادائه ، ويحسم ذلك من حقوق الفريق الثاني ان وجدت ، أو تقيد على حسابه ، بالاضافة الى أية مصاريف أخرى أو أتعاب للفريق الاول ، أو أي عطل وضرر يلحق بالفريق الاول من جراء ذلك ، والعودة عليه في أية حـال بالقيد على حسابـه دون اخطار عدلـي ٠

١٠ـ اذا تخلف الفريق الثاني عن اتمام البنـاء وفق المخططات الهندسية يحق للفريق الاول أن يقوم مقامه ، ويكمل البناء الذي تخلف الفريق الثاني عن اكماله ، ويحسم ذلك من حقوق الفريق الثاني ان وجدت ، أو تقيد على حسابه ، بالاضافة الى أية مصاريف أخرى أو أتعاب للفريق الاول ، أو أي عطل وضرر لحـق الفريق الاول من جراء ذلك ، والعـودة على الفريق الثاني في أية حال ، بالقيد على حسابه دون اخطار عدلـــي ٠

١١ـ يحق للفريق الاول أن يطلب كفيلا يكفل الفريق الثاني في كافة الحقوق العائدة و / أو التي ستعود للفريق الاول و / أو الناشئة و / أو المتعلقة بهذا العقد وتكون كفالة الكفيل مطلقة وبصورة التكافل والتضامن مع الفريق الثاني ، في كل ما يتعلق بهذا العقد ، وأية التزامات مترتبة عليه ٠

١٢ـ أ ـ يحق اجراء أية تعديلات على هذا العقد ومن حين الى آخر باتفاق الفريقين ٠ كما يحق للفريق الاول وقف العمل بهذا العقد بارادة منفردة ، اذا تبين له عدم جدوى الاستمرار في التمويل و/أو اذا خالف الفريق الثاني أي شرط من شروط هذا العقد و / أو اذا تخلف عن القيام بأي التزام من الالتزامـات المترتبة عليه بموجب هذا العقد ٠ وللفريق الاول الحق بطرح سند وضع الاموال غير المنقولة تأمينـا للدين للتنفيذ وفق الاصول ، دون أن يكون للفريق الثاني أي حق في الطعن ، بأية صورة من صور الطعن ، أمام القضاء أو المراجع الادارية أو أية جهات رسمية ذات علاقة ٠

ب ـ يكون للفريق الاول الحق في حالة انتهاء مدة العقد ، وامتناع الفريق الثاني عن تسديد رصيد مـا عليه من الحقوق الناشئة و / أو المتعلقة بهذا العقد وتطبيقاته من موارده الاخرى ، طرح سند وضع الاموال غير المنقولة تأمينا للدين للتنفيذ وفق الاصول ، دون أن يكون للفريق الثاني أي حق في الطعن بأية صورة من صور الطعن أمام القضاء أو المراجع الادارية أو أية جهات رسمية ذات علاقة ٠

١٣ـ يصرح الفريقان الاول والثاني بما يـلي : ـ

أ ـ أن الفريق الاول اختار محل اقامته في

ب ـ أن الفريق الثاني اختار محل اقامته في

وذلك لغايات أية اشعارات أو تبليغات أو اخطارات عدلية أو قضائية ٠

١٤ـ يكون الفريق الثاني ملزما بضريبة الدخل عن الارباح التي عادت له بموجب هذا العقـد ، سواء التـي استوفاها أو التي قيدت في الحسـاب المخصص لتسديد أصل قيمة التمويل ، باعتبار هذا المبلغ ربحـا للفريق الثاني مخصصا للتسديد من أصل قيمة التمويل المتحقق للفريق الاول ٠

١٥ـ يجري تثبيت آرمة بالبيانات التي يعدها الفريق الاول على مكان بارز في البناء ، حتى سداد كامل قيمة التمويـــــل ٠

١٦ـ ان الفريق الاول معفي من اتخاذ أية اجراءات قانونية من اخطارات عدلية أو سواها لغايات الرجوع على الفريق الثاني ، بأية حقوق يدعيها ناشئة و / أو متعلقة بهذا العقد ، بما في ذلك الادعـاء بالعطـل والضرر ، وله حق القيد على حساب الفريق الثاني دون اشعار ، في جميع الحقوق والالتزامات ، سواء أكانت للفريق الاول أو للغير ٠

وللفريق الاول حق تحديد المدة الزمنية لاي من تطبيقات هذا العقد ، اذا لم ينص على أي منهـا صراحة في الاوراق ذات العلاقة ٠

١٧ـ يقر الفريق الثاني بأن دفاتر الفريق الاول وحساباته تعتبر بينة قاطعة لاثبات أية مبالغ ناشئة و / أو متعلقة بهذا العقد وتطبيقاته مهما كانت ، مع ما يلحقها من مصاريف ، سواء أكانت للفريق الاول أو

للغير ، ويصرح بأن قيـود الفريق الاول وحساباته تعتبر نهائية وصحيحة بالنسبة له ، ولا يحق لـه الاعتراض عليها ، كما أنه يتنازل مقدما عن أي حق قانوني يجيز لـه طلب تدقيق حسابات الفريق الاول وقيوده من قبل أية محكمة ، أو ابراز دفاتره وقيـوده ٠

وتعتمد الكشوفات المنسوخة عن تلك الدفاتر والحسابات ، والتي يصادق المفوضون بالتوقيع عن الفريق الاول على مطابقتها للاصل ٠

١٨- اذا وقع خلاف ناشيء عن تطبيق أحكام هذا العقد و / أو متعلق به ، يحق للفريق الاول عرض الخلاف على ثلاثة محكمين ، يتم اختيارهم على الوجه التالـي :

- حكما يختاره الفريق الاول ٠
- حكما يختاره الفريق الثاني ٠
- حكما تختاره غرفة تجارة و / أو صناعة عمان ٠

وفي حالة اعتذار غرفة تجارة و / أو صناعة عمان عن اختيار المحكم الثالث ، يقوم المحكمـان المختاران من قبل الفريقين باختياره ، فان تعذر ذلك تقوم المحكمة المختصة بتعيينه وفقا لاحكام قانون التحكيم المعمول به في الاردن ٠

ويتم الفصل في النزاع على أساس الشريعة الاسلامية ، ويكون حكمهم ، سواء صدر بالاجماع أم بالاغلبية ، ملزما للفريقين ، وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الجائزة قانونا ٠

وفي حالة عدم توفر الاغلبية ، يحال الخلاف موضوع التحكيم الى المحاكم النظامية ٠

وتكون محاكم عمان النظامية هي المختصة دون سواها بالفصل في أية طلبات و / أو قضايا تنشأ بمقتضى التحكيم و / أو ناشئة و / أو متعلقة به و / أو بهذا العقد ٠

١٩- تسري على هذا العقد أحكام القوانين والانظمة المرعية ، فيما عدا ما نص عليه من اتفاق بين الفريقين ٠

٢٠- وقع هذا العقد من قبل الفريقين بارادة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية بتاريخ / / هـ ، الموافق / / م ، على نسختين أصليتين ، ويسقط الفريق الثاني حقه في الادعاء بكذب الاقرار و / أو أي دفع شكلي و / أو موضوعي ، ضد ما جاء في هذا العقد ٠

الفريق الثاني	الفريق الاول البنك الاسلامي الاردني للتمويل والاستثمار

بســم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى :

« وأحل الله البيـع وحـرم الربا »

صدق الله العظيم

(البقرة /٢٧٥)

البنك الإسلامي الأردني

للتمويل والاستثمار

عقـد المشـاركة بالأرباح

بين : البنك الاسلامي الأردني للتمويل والاستثمار فرع
والمسمى فيما بعد الفريق الأول •

و : السيد/السادة
والمسمى/المسمون فيما بعد الفريق الثـاني •

تم الاتفاق بين الفريق الأول والفريق الثـاني على ما يلي :

١ ـ ايفاء بالغايات المقصودة في هذا العقد ، وبالاضافة الى ما ورد في المقـدمة اعلاه ، يكون للكلمات الآتية المعاني المخصصة لها أدناه ، الا اذا دلت القرينة على خلاف ذلك:

أ ـ تشمل كلمة (البنك) مركز البنك الاسلامي الأردني للتمويل والاستثمار ، أو أي فرع من فروعه ، أو كليهما معا•

ب ـ تشمل كلمة (البضاعة) البضاعة التي يتم شراؤها وتمويلها حسب شروط هذا العقد •

جـ ـ تشمل كلمة (الكفيل) في صيغة المذكر المفرد صيغتي المثنى والجمع في المذكر والمؤنث •

د ـ تشمل كلمة (المصاريف) نفقات الطوابع، والبريد ، والتليفون، والتلغراف، وفرق العملة ، وعمولة العملاء ، والرسوم على اختلاف أنواعها ، واتعـاب المحاماة ، وغيرها مما يتكلفه البنك فيما يتعلق بتنفيذ هذا العقد •

٢ ـ يقر الفريق الثاني انه قد اطلع على عقد التاسيس ، والنظام الداخلي ، والقـانون الخاص بالفريق الأول ، ويلتزم به في تعـامله معه ، وذلـك على أسـاس التعامل الشرعي الحلال •

٣ ـ يقوم الفريق الأول بشراء وتمويل البضاعة كلياً أو جزئياً بناء على أمر الفريق الثاني، وحسب المواصفات التي يحددها الفريق الثاني ، والمبينة تفاصيلها أدناه :

وذلك على أساس قيام الفريق الثاني ببيع البضاعة وتسـويقها بمعـرفة الفريق الأول ، على أن تبقى البضاعة تحت يد الفريق الاول ، أو تحت الحيـازة المشتركة للفريقين ، بحسب ما يتم الاتفاق عليه خطياً لكل حالة على حدة •

٨٣/٣

٤ ـ توزيع الأرباح والخسائر :

أ ـ يوزع صافي الربح على الوجه التالي :

١ ـ للفريق الأول (٪)   في المائة من الأرباح الصافية ٠

٢ ـ للفريق الثاني(٪)   في المائة من الأرباح الصافية ٠

ب ـ أما في حالة الخسارة فانها توزع بحسب مشاركة كل فريق في رأس المال ٠

٥ ـ يتعهد الفريق الثاني بأن لا يستعمل ثمن البضاعة المبيعة الا في الغايات المصرح بها أعلاه ، ويكون مسؤولا عن كل مخالفة أو ضرر أو تعـد أو تقصير ٠

٦ ـ يقر الفريق الثاني بعدم تحميل البضاعة التي سيتاجر بها بموجب هذا العقد سوى النفقات والمصاريف المتعارف عليها ، والتي تخص البضاعة موضوع العقد ، وانه يتحمل بمفرده كل ما يترتب على ذلك من أضرار أو نفقات منظورة أو غير منظورة ، وذلك في حالة تقصيره أو اهماله أو مخالفته لبنود هذا العقد ٠

٧ ـ يتعهد الفريق الثاني بعدم صرف أو انفاق أي مبلغ من ثمن البضاعة المباعة على شؤونه الشخصية أو تجارته الخاصة ، وكذلك عدم التصرف في مال هذه المشاركة، الا بعد اجراء المحاسبة التامة ، والتأكد من وجود أرباح صافية بعد تسديد رأس المال ، وفي حدود ما يتم الاتفاق عليه بمايخصه فيها ٠

٨ ـ لا يجوز للفريق الثاني خلط مال هذه المشاركة بماله دون اذن الفـريق الأول ولا اعطاؤه للغير ولا هبته ولا اقراضه ولا الاقتراض عليه ٠

٩ ـ يكون الفريق الثاني أمينا على البضاعة المسلمة اليه وشريكاً في الأرباح الصافية المتحققة ولا يجوز له بيع البضاعة أو التصرف فيها الا حسـب التعليمات التي يحددها الفريق الأول أو الاجراءات التي يكون متفقاً عليها خطياً بشكل مسبق ٠

١٠ ـ مدة هذا العقد   من تاريخه ، ويتعهد الفريق الثاني بتقديم الحســاب الختامي للفريق الأول في نهاية المدة أو عند طلب الفريق الأول ، ولا تبرأ ذمة الفريق الثاني الا بعد الوفاء بحقوق الفريق الأول الواردة في هذا العقد ٠
ويجوز للفريق الأول ـ متى شاء ـ أن يطلب تصفية المشاركة المتفق عليها ، اذا تبين له عدم جدوى الاستمرار فيها و/أو اذا خالف الفريق الثاني شروط هذا العقد ، وذلك دون حاجة الى تنبيه أو انذار أو مراجعة قضائية ٠

١١ ـ اذا تلف شيء من مال هذه المشـاركة حسب من الربح ، فان جاوزه حسب الباقي من رأس المال ٠

١٢ ـ يحق للفريق الأول أن يطلب من الفريق الثاني أن يكون كفيلا ، وذلك في حالة ما اذا تم تصريف البضاعة محل هذا العقد عن طريق البيع الآجـل ٠ وتكون هذه الكفالة مطلقة ، وعلى وجه التكافل والتضامن ، في كل ما يتعلق بهذا العقـد ، والالتزامات المترتبة عليه ٠

١٣ ـ يقر الفريق الثاني بأن دفاتر الفريق الأول وحساباته تعتبر بينة قاطعة لاثبـات أية مبالغ ناشئة و/أو متعلقة بهذا العقـد وتطبيقاته مهما كانت ، مع ما يلحقها من مصاريف باتفاق الفريقين ٠ ويصرح بأن قيود الفريق الأول وحســاباته تعتبر نهائية وصحيحة بالنسبة له ، ولا يحق له الاعتراض عليها بعد ذلك، كما أنه يتنازل مقدما عن أي حق قانوني يجيز له طلب تدقيق حسابات الفريق الأول وقيـوده من قبل أية محكمة أو ابراز دفاتره وقيوده ٠

وتعتمد الكشوفات المنسوخة عن تلك الدفاتر والحسابات ، والتي يصادق المفوضون بالتوقيع عن الفريق الأول، على مطابقتها للأصل .

١٤- في حالة توقيع هذا العقد من قبل أكثر من شخص واحد بصفة فريق ثان ، يكون جميع الموقعين مسؤولون بالتكافل والتضامن ، منفردين أو مجتمعين ، تجاه الفريق الاول عن تسديد المبالغ المطلوبة له بموجب هذا العقد .

١٥- اذا نشأ خلاف ناشيء عن تطبيق أحكام هذا العقد و/أو متعلق به ، يحق للفريق الاول عرض الخلاف على ثلاثة محكمين ، يتم اختيارهم على الوجه التالي :

- حكما يختاره الفريق الأول .
- حكما يختاره الفريق الثاني .
- حكما تختاره غرفة تجارة و/أو صناعة عمان .

وفي حالة اعتذار غرفة تجارة و/أو صناعة عمان عن اختيار المحكم الثالث ، يقوم المحكمان المختاران من قبل الفريقين باختياره ، فان تعذر ذلك ، تقوم المحكمة المختصة بتعيينه ، وفقاً لأحكام قانون التحكيم المعمول به في الأردن .

ويتم الفصل في النزاع على أساس الشريعة الاسلامية ، ويكون حكمهم ، سواء صدر بالاجماع أم بالأغلبية ، ملزما للفريقين ، وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الجائزة قانوناً .

وفي حالة عدم توفر الأغلبية ، يحال الخلاف موضوع التحكيم الى المحاكم النظامية .

وتكون محاكم عمان النظامية هي المختصة دون سواها ، بالفصل في أية طلبات و/أو قضايا تنشأ بمقتضى التحكيم و/أو ناشئة و/أو متعلقة به و/أو بهذا العقد.

١٦- تسري أحكام القانون المدني الأردني ، والقوانين والأنظمة المرعية على هذا العقد فيما عدا ما نص عليه من اتفاق بين الفريقين .

١٧- حرر هذا العقد على نسختين اصليتين موقعتين من قبل الفريقين بارادة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية بتاريخ / / هـ. الموافق / / م.
ويسقط الفريق الثاني حقه في الادعاء بكذب الاقرار و / أو أي دفع شكلي و /أو موضوعي ، ضد ما جاء في هذا العقد .

الفريق الثاني	الفريق الأول **البنك الاسلامي الأردني** للتمويل والاستثمار

ثبت المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم وعلومه

١- المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم

٢- الزمخشري، أبو القاسم جار الله محمود بن عمر (ت ٥٣٨ هـ) :

- تفسير الزمخشري. مطبعة مصطفى البابي، مصر ١٣٨٥هـ = ١٩٦٦م.

٣- الفراء، أبو زكريا يحيى بن زياد (ت ٢٠٧ هـ) :

- معاني القرآن. عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثانية ١٩٨٠.

٤- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد (ت ٦٧١ هـ) :

- الجامع لأحكام القرآن. مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، دون طبعة وتاريخ.

ثانياً: كتب الحديث النبوي وشروحها

٥- ابن حبيب، الربيع بن حبيب بن عمرو الفراهيدي :

- الجامع الصحيح: مسند الإمام الربيع. مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، دون طبعة وتاريخ

٦- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ):

- فتح الباري شرح صحيح البخاري. المكتبة السلفية، دون طبعة وتاريخ.

٧- ابن خزيمة، أبوبكر محمد بن إسحاق (ت ٣١١ هـ) :

- صحيح ابن خزيمة. المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى ١٣٩٩ هـ = ١٩٧٩م.

٨- ابن كثير، أبو الفداء عماد الدين إسماعيل (ت ٧٧٤ هـ) :

- الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث، تحقيق أحمد محمد شاكر. دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة وتاريخ.

٩- ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٣ هـ) :

- سنن ابن ماجة. المكتبة العلمية، بيروت، دون طبعة وتاريخ.

١٠- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥ هـ) :
- المراسيل مع الأسانيد، تحقيق عبد العزيز عز الدين سيروان. مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ = ١٩٨٨ م.
- سنن أبي داود. دار إحياء السنة النبوية، دون طبعة وتاريخ.
١١- أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري (ت ١٣٥٣هـ) :
- تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي. دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة ١٣٩٩هـ = ١٩٧٩م.
١٢- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦ هـ) :
- الأدب المفرد. مطبعة أفسيت، طشقند، الطبعة الثانية ١٤٠٠ هـ = ١٩٨٠ م.
١٣- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي (ت٤٥٨ هـ) :
- السنن الكبرى. دار الفكر، بيروت، دون طبعة وتاريخ.
١٤- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى (ت ٢٧٩ هـ) :
- الجامع الصحيح، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. المكتبة الإسلامية، دون طبعة وتاريخ.
١٥- الحاكم، أبو عبد الله النيسابوري (ت ٤٠٥ هـ) :
- المستدرك على الصحيحين، وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي. دار المعرفة، بيروت، دون طبعة وتاريخ.
١٦- الخطابي، أبو سليمان أحمد بن محمد البستي (ت ٣٨٨ هـ) :
- معالم السنن (وهو شرح سنن الإمام أبي داود). المكتبة العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠١هـ = ١٩٨١م.
١٧- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن (ت ٩١١ هـ) :
- إسعاف المبطأ برجال الموطأ، تحقيق فاروق سعد. دار الآفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ = ١٩٨٥م.
١٨- الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام (ت٢١١ هـ) :
- المصنف. منشورات المجلس العلمي، الطبعة الأولى ١٣٩٢ هـ =١٩٧٢ م.
١٩- الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد الحنفي (ت ٣٢١ هـ) :
- شرح معاني الآثار. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٧ هـ = ١٩٨٧ م.

٢٠- علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين البرهان (ت ٩٧٥ هـ) :
- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال. مؤسسة الرسالة، بيروت ١٣٩٩ هـ = ١٩٧٩ م، دون طبعة.
٢١- مالك بن أنس (ت ١٧٩ هـ) :
- الموطأ، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٤٠٦ هـ = ١٩٨٥ م، دون طبعة.
٢٢- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (ت ٦٧٦ هـ) :
- شرح صحيح مسلم. مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، دون طبعة وتاريخ.

ثالثاً : كتب اللغة

٢٣- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت ٧١١ هـ) :
- لسان العرب. دار صادر، بيروت ١٣٨٨ هـ = ١٩٦٨ م، دون طبعة.
٢٤- أحمد بن فارس بن زكريا (ت ٧٧٠ هـ) :
- معجم مقاييس اللغة. دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٦٨هـ .
٢٥- الجوهري، إسماعيل بن حماد (ت ٤٠٠ هـ) :
- الصحاح. دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية ١٣٩٩ هـ = ١٩٧٩ م.
٢٦- الزبيدي، السيد محمد مرتضى (ت ١٢٠٥هـ) :
- تاج العروس. دار ليبيا، بنغازي ١٣٨٦هـ = ١٩٦٦م. دون طبعة.
٢٧- الفيروزأبادي، ابو طاهر محمد بن يعقوب الشيرازي (ت ٨١٧ هـ) :
- القاموس المحيط. مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م.
٢٨- مجمع اللغة العربية المصري : المعجم الوسيط. الطبعة الثانية، دون تاريخ.
٢٩- محمد قلعجي وحامد قيني : معجم لغة الفقهاء. دار النفائس، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٥ م.

رابعاً : كتب الفقه الإسلامي ومذاهبه

كتب الحنفية

٣٠- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت ١٢٥٢ هـ) :

- رد المحتار على الدر المختار. دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة و تاريخ.

٣١- ابن قودر، شمس الدين أحمد :

- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، وهي تكملة فتح القدير لابن الهمام. مطبعة مصطفى البابي، مصر، الطبعة الأولى ١٣٨٩ هـ = ١٩٧٠ م .

٣٢- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم الحنفي (ت ٩٧٠ هـ) :

- الأشباه و النظائر. دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ = ١٩٨٣ م.

٣٣- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (ت ٩٧٠ هـ) :

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق. دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، دون تاريخ.

٣٤- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت ٦٨١ هـ) :

- شرح فتح القدير على الهداية. مطبعة البابي، مصر، الطبعة الأولى ١٣٨٩ هـ = ١٩٧٠ م.

٣٥- التمرتاشي، محمد بن عبد الله بن أحمد (ت ١٠٠٤ هـ) :

- تنوير الأبصار، مطبوع مع حاشية ابن عابدين المسمى رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. مطبعة مصطفى البابي، مصر، الطبعة الثانية ١٩٦٦ م.

٣٦- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الحنفي (ت ٧٤٣ هـ) :

- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، دون تاريخ.

٣٧- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت ٤٩٠ هـ) :

- المبسوط. دار المعرفة، بيروت ١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م، دون طبعة.

٣٨- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت٥٨٧ هـ) :

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م.

٣٩- المرغيناني، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر (ت٥٩٣ هـ) :
- الهداية شرح بداية المبتدى. المكتبة الإسلامية، دون طبعة وتاريخ.

كتب المالكية

٤٠- ابن جزي، أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي (ت ٧٤١ هـ) :
- القوانين الفقهية. الدار العربية للكتاب، ليبيا - تونس، ١٩٨٢م، دون طبعة.
٤١- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي (ت ٥٩٥ هـ) :
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد. مكتبة الكليات الأزهرية، مصر ١٣٩٠ هـ = ١٩٧٠ م، دون طبعة.
٤٢- ابن فرحون، برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن علي بن محمد (ت ٧٩٩ هـ) :
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٣٠١ هـ
٤٣- الأزهري، صالح عبد السميع الآبي الأزهري :
- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل في فقه الإمام مالك إمام دار التنزيل. دار الفكر، بيروت، دون طبعة وتاريخ.
٤٤- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام (ت ١٢٥٨ هـ) :
- البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن محمد الأندلسي. دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة ١٣٩٧ هـ = ١٩٧٧ م.
٤٥- الحطاب، محمد بن محمد الرعيني (ت٩٥٤ هـ) :
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل. دار الفكر، القاهرة، الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ
٤٦- الخرشي، محمد بن عبد الله (ت ١١٠١ هـ) :
- حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل. دار صادر، بيروت، دون طبعة وتاريخ.

٤٧- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد (ت ١٢٠١ هـ) :
-الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. دار المعارف المصرية، دون طبعة وتاريخ.
- الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي. دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة وتاريخ.
٤٨- الدسوقي، شمس الدين محمد بن عرفة (ت ١٢٣٠ هـ) :
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة وتاريخ.
٤٩- الرهوني، محمد بن أحمد بن محمد (ت ١٢٣٠ هـ) :
- حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل. المطبعة الأميرية، مصر، الطبعة الأولى، دون تاريخ.
٥٠- الصاوي، أحمد بن محمد (ت ١٢٤١ هـ) :
- حاشية الصاوي على الشرح الصغير. دار المعارف المصرية، دون طبعة وتاريخ.
٥٢- العدوي، أبو الحسن علي بن أحمد الصعيدي (ت ١١٨٩ هـ) :
- حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد القيرواني. مطبعة البابي الحلبي، مصر ١٣٥٧ هـ = ١٩٣٨ م.
٥٣- عليش، محمد (ت ١٢٩٩ هـ) :
- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل. مكتبة النجاح، ليبيا، دون طبعة وتاريخ.
٥٤- القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي (ت ٦٨٣ هـ) :
- الفروق وبهامشة تهذيب الفروق. عالم الكتب، دون طبعة وتاريخ.
٥٥- الكشناوي، أبو بكر بن حسن الكشناوي :
- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك. دار الفكر، الطبعة الثانية، دون تاريخ.
٥٦- مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩ هـ) :
- المدونة الكبرى. دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨ هـ = ١٩٧٨ م، دون طبعة.

كتب الشافعية

٥٧- الرملي، محمد بن أبي العباس الشهير بالشافعي الصغير (ت ١٠٠٤ هـ) :
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة وتاريخ.

٥٨- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١ هـ) :
- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية. مطبعة مصطفى البابي، مصر، الطبعة الأخيرة ١٣٧٨ هـ = ١٩٥٩م.

٥٩- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت ٢٠٤ هـ) :
- الأم. دار الفكر، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ= ١٩٨٠ م.

٦٠- الشافعي، تقي الدين أبو بكربن محمد الدمشقي (ت ٨٢٩ هـ) :
- كفاية الأخيار. دار الفكر، عمان، دون طبعة وتاريخ.

٦١- الشربيني، محمد أحمد الخطيب (ت ٩٩٧ هـ) :
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. دار الفكر، بيروت ١٣٩٨ هـ = ١٩٧٨ م، دون طبعة .

٦٢- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت ٤٧٦ هـ) :
- المهذب في فقه الإمام الشافعي. دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية ١٣٧٩ هـ = ١٩٥٩ م.

٦٣- القليوبي، جلال الدين :
- حاشيتا قليوبي وعميرة على منهاج الطالبين. دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة و تاريخ.

٦٤- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف الدين (ت ٦٧٦ هـ) :
- روضة الطالبين. المكتب الأسلامي، دون طبعة وتاريخ.
- المجموع شرح المهذب. المكتبة السلفية، المدينة المنورة، دون طبعة وتاريخ.

كتب الحنابلة

٦٥- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم الحراني الحنبلي (ت ٧٢٨ هـ) :
- مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية. دار عالم الكتب، الرياض ١٤١٢ هـ = ١٩٩١ م، دون طبعة.

٦٦- ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد (ت ٧٩٥ هـ) :
- القواعد في الفقه الإسلامي. دار الجيل، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ = ١٩٨٨ م.
٦٧- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد (ت ٦٢٠ هـ) :
- المغني مع الشرح الكبير. دار الكتاب العربي، بيروت ١٣٩٢ هـ = ١٩٧٢ م، دون طبعة.
٦٨- ابن قدامة، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد (ت ٦٨٢ هـ) :
- الشرح الكبير. جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، دون طبعة وتاريخ.
- المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل. مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠٠ هـ = ١٩٨٠ م، دون طبعة.
٦٩- ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي (ت ٧٥١ هـ) :
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية. دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة وتاريخ.
٧٠- ابن النجار، تقي الدين الفتوحي الحنبلي (ت ٩٧٢ هـ) :
- منتهى الإرادات. عالم الكتب، دون طبعة وتاريخ.
٧١- البهوتي، منصور بن إدريس (ت ١٠٥١ هـ) :
- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى. المكتبة السلفية، السعودية، دون طبعة وتاريخ.
- كشاف القناع على متن الإسماع. مكتبة النصر الحديثة، الرياض، دون طبعة وتاريخ.

كتب الظاهرية

٧٢- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد (ت ٤٥٦ هـ) :
- المحلى. المكتب التجاري، دون طبعة وتاريخ.

خامساً: كتب الرجال

٧٤- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ) :
- تقريب التهذيب. المكتبة العلمية، المدينة المنورة، ١٩٧٥ ، دون طبعة.
٧٥- ابن قطلوبغا، زين الدين قاسم قطلوبغا (ت ٨٧٩ هـ) :
- تاج التراجم في طبقات الحنفية. مكتبة العاني، بغداد، دون طبعة.
٧٦- الجابي، بسام عبد الوهاب :
- معجم الأعلام. الجفان والجابي للطباعة، قبرص، الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ = ١٩٨٧ م.
٧٧- الزركلي، خير الدين :
- الأعلام. الطبعة الثالثة، دون مكان وتاريخ النشر.
٧٨- الشيرازي، أبو إسحاق (ت ٤٧٦ هـ) :
- طبقات الفقهاء. دار القلم، بيروت، دون تاريخ.
٧٩- المصنف، أبو بكر ابن هداية الله الحسيبي (ت ١٠١٤ هـ) :
- طبقات الشافعية. مطبعة بغداد ١٣٥٦ هـ.

سادساً: المراجع الحديثة

٨٠- أحمد الشرباصي :
- المعجم الاقتصادي الإسلامي. دار الجيل، بيروت ١٤٠١ هـ = ١٩٨١ م، دون طبعة.
٨١- أحمد علي عبد الله :
- المرابحة أصولها وأحكامها وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية. الدار السودانية للكتب، الخرطوم، الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ = ١٩٨٧ م.
٨٢- أحمد فراج حسين :
- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. الدار الجامعية، ١٩٨٦ م، دون طبعة.

٨٣- البنك الإسلامي الأردني :
- التقرير السنوي الخامس عشر ١٤١٤ هـ = ١٩٩٣م.
- قانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل والإستثمار، قانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٨٥.
- نشرة إعلامية رقم (٤)، الفتاوى الشرعية، الجزء الأول ١٤١٣ هـ = ١٩٩٣ م.
٨٤- جمال الدين زغنون :
- البنوك الإسلامية وعلاقتها بالسياسة النقدية والمصرفية. رسالة ماجستير غير مطبوعة، جامعة اليرموك، كلية الشريعة ١٤١٣ هـ = ١٩٩٣ م.
٨٥- حسن عبد الله الأمين :
- المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة. منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب. البنك الإسلامي للتنمية، جدة ١٤٠٨ هـ = ١٩٨٨ م.
- الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام. دار الشروق، جدة، الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ = ١٩٨٣ م.
٨٦- زكريا القضاة :
- السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية. دار الفكر، عمان، الطبعة الأولى ١٩٨٤ م.
٨٧- سعيد سعد فرحان :
- الفكر الاقتصادي في الإسلام. بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٦ م، دون ناشر.
٨٨- السنهوري، عبد الرزاق أحمد :
- الوسيط في شرح القانون المدني. دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٨ م، دون طبعة.
٨٩- شرف بن علي :
- الإجارة الواردة على عمل الإنسان. دار الشروق، السعودية، الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ = ١٩٨٠ م.
٩٠- عبد الحميد السائح :
- أحكام العقود والبيع في الفقه الإسلامي. من منشورات البنك الإسلامي الأدرني، نشرة إعلامية رقم (٣).

٩١- عبد الحميد الغزالي :
- التمويل بالمشاركة. مركز الاقتصاد الإسلامي، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية ١٤٠٨هـ = ١٩٨٨م .
٩٢- عبد الرحمن الجزيري :
- الفقه على المذاهب الأربعة. دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦ م، دون طبعة.
٩٣- عبد السلام العبادي :
- الملكية في الشريعة الإسلامية. مكتبة الأقصى، عمان، الطبعة الأولى ١٣٩٤ هـ = ١٩٧٤ م.
٩٤- عبد الكريم زيدان :
- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية. مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة التاسعة ١٤٠٧ هـ = ١٩٨٦ م.
٩٥- عبد الله العبادي :
- موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة. القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٨٢ م، دون ناشر.
٩٦- عبد المنعم فرج الصدة :
- الحقوق العينية الأصلية. دار النهضة العربية، بيروت ١٩٨٢، دون طبعة.
٩٧- علي حيدر :
- درر الحكام شرح مجلة الأحكام. دار النهضة، بيروت، دون طبعة وتاريخ.
٩٨- علي الخفيف :
- الشركات في الفقه الإسلامي - بحوث مقارنة. دار النهضة، القاهرة ١٩٧٨م، دون طبعة.
٩٩- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ م، منشور في الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥ تاريخ ١٩٧٦/٨/١ .
١٠٠- محمد زكي عبد البر :
- القبض في العقود المالية في الفقه الحنفي، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الخامس، السنة الثانية ١٤١٠ هـ = ١٩٩٠ م.

١٠١- محمد عبد الحليم عمر :
- التفاصيل العملية لعقد المرابحة في النظام الإسلامي، بحث مقدم إلى ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية. عمان، المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية، مؤسسة آل البيت ١٩٨٧ م.
١٠٢- محمد عبيد الكبيسي :
- أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية. مطبعة الإرشاد، بغداد ١٣٩٧ هـ = ١٩٧٧م، دون طبعة.
١٠٣- محمد قدري باشا :
- مرشد الحيران. دار الفرجاني، القاهرة، الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ = ١٩٨٣ م.
١٠٤- محمد مصطفى شلبي :
- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه. دار النهضة العربية، بيروت ١٤٠١ هـ = ١٩٨١ م، دون طبعة.
١٠٥- محمد وحيد الدين سوار :
- الحقوق العينية الأصلية. مطبعة ألف باء الأديب، دمشق، طبعة ١٩٦٨- ١٩٦٩.
١٠٦- مصطفى أحمد الزرقا :
- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج٣، المدخل إلى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي. مطبعة طربين، دمشق ١٩٦٥ م، دون طبعة.
١٠٧- مؤتمر المصارف الإسلامية الثاني المنعقد في الكويت ١٤٠٣ هـ = ١٩٨٣ م.
١٠٨- موسى عبد العزيز شحادة :
- تجربة البنك الإسلامي الأردني. بحث مقدم إلى ندوة خطة استراتيجية الاستثمار في البنوك الإسلامية : الجوانب التطبيقية والقضايا والمشكلات. المؤتمر السنوي السادس للمجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية (مؤسسة آل البيت)، ٢٢-٢٥ شوال ١٤٠٧هـ = ١٨-٢١ حزيران ١٩٨٧م.
١٠٩- نزيه حماد :
- الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي. مكتبة دار البيان، دمشق، الطبعة الأولى ١٣٩٨ هـ = ١٩٧٨ م.

١١٠- نقابة المحامين :
- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. مطبعة التوفيق، عمان، دون طبعة وتاريخ.
١١١- وزارة الأوقاف الكويتية :
- الموسوعة الفقهية. الكويت، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ = ١٩٧٨ م.
١١٢- وهبة الزحيلي :
- العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني. دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ = ١٩٨٧ م.
- الفقه الإسلامي وأدلته. دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ = ١٩٨٥ م.
١١٣- يوسف القضاوي :
- بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية. دار العلم، الكويت، الطبعة الثانية ١٤٠٧ هـ = ١٩٨٦ م.

سابعاً : الدوريات

١١٤- مجلة الأمة : مجلة إسلامية شهرية جامعة، تصدر في غرة كل شهر عربي عن رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية في قطر.
١١٥- مجلة المسلم المعاصر، تحرير الدكتور جمال الدين عطية، الكويت.

ثامناً : المقابلات الشخصية

١١٦- مقابلة مع مدير الاستثمار في البنك الإسلامي الأردني، فرع إربد، شارع بغداد، بتاريخ ١٣/١٠/١٩٩٣م.
١١٧- مقابلة مع مدير البنك الإسلامي الأردني، فرع إربد، شارع بغداد ، بتاريخ ١٣/١٠/١٩٩٣م.
١١٨- مقابلة مع مدير الاستثمار في البنك الإسلامي الأردني، الفرع الرئيسي، عمان، بتاريخ ٢٠/١٠/١٩٩٤م.

الفهارس

١- فهرس الآيات التي ورد ذكرها في الرسالة
٢- فهرس الأحاديث التي ورد ذكرها في الرسالة
٣- فهرس الاعلام الذين تُرجم لهم في الرسالة
٤- فهرس المواضيع

فهرس الآيات التي ورد ذكرها في الرسالة

فهرس الأحاديث التي ورد ذكرها في الرسالة

فهرس الأعلام الذين تُرجم لهم في الرسالة

الفهرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة